



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

GISLAYNE LUSTOSA RODRIGUES

**O USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO COMBATE AO
CRIME ORGANIZADO**

Brasília
2010

GISLAYNE LUSTOSA RODRIGUES

**O USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO COMBATE AO
CRIME ORGANIZADO**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito
Penal e Processo Penal.

Orientador: Prof. Msc. Álvaro Chagas
Castelo Branco

Brasília
2010

GISLAYNE LUSTOSA RODRIGUES

**O USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO COMBATE AO
CRIME ORGANIZADO**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-
graduação *Lato Sensu* em Direito
Penal e Processo Penal.

Orientador: Prof. Msc. Álvaro Chagas
Castelo Branco.

Brasília, 08 de dezembro de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Prof. Dra. Tânia Cristina da Silva Cruz

*Dedico este estudo
a Deus, Criador de nossas vidas;
aos meus pais, exemplo de amor e educação;
aos meus filhos, razão da minha existência;
e ao meu marido, pelo amor, companheirismo e apoio incondicional,
além dos sacrifícios e concessões.*

AGRADECIMENTOS

A *Deus*, pela sabedoria e conhecimento.

À *minha família*, pela força, confiança e pelos laços que nos une;

Ao professor *Álvaro*, pela paciência, conhecimento e disposição, diante das minhas limitações.

Ao professor *Gilson*, pelas valiosas sugestões.

Aos *colegas da Sexta Turma do STJ*, pela amizade e compreensão, em especial *Eliseu, Ronaldo e André*, pois sem o apoio de vocês não teria a tranquilidade necessária para o desenvolvimento deste trabalho.

E aos *colegas de sala de aula e professores do curso de pós-graduação*, pelo valioso convívio e cumplicidade.



*“A melhor inteligência militar é
atacar as estratégias dos inimigos,
em seguida atacar suas alianças, depois
atacar seus soldados em seus próprios campos”
(Sun Tzu)*

RESUMO

A etapa inicial do procedimento probatório é a obtenção da prova, consistente na busca dos elementos demonstrativos que serão expostos em juízo e formarão a convicção do juiz na solução do litígio. Tal fase é dotada de aspectos específicos quando se trata de apuração da Criminalidade Organizada, tendo em vista que essa espécie delitiva possui características especiais que a diferenciam da Criminalidade Individualizada e que acabam por tornar os meios probatórios tradicionais insuficientes. O presente estudo objetiva uma descrição acerca de um dos principais instrumentos de consecução de provas na apuração do Crime Organizado, a interceptação telefônica. Será apresentada uma discussão sobre a eficácia desse meio e sua compatibilização com as garantias fundamentais dos indivíduos, realizando uma análise à luz dos princípios do Direito Constitucional, Penal e Processual Penal.

Palavras-chave: Crime Organizado. Procedimento probatório. Instrumentos de obtenção da prova. Garantias fundamentais.

ABSTRACT

The first step of probatory procedure is the evidence obtainment, consistent on picks from the demonstrative elements that will be exposed in judgment and they'll form the conviction of the judge of the litigation. That phase, for too much relevant, is present of appearances specific when if treated of examination from Criminality Organized, owing to what about specie crime has characteristics special what the differentiated from Criminality Individualize and that is why the probatory traditional means are insufficient. The present study object a description as for from one of the principal instruments of achievement of evidences on examination of the Organized crime, the interceptions telephonic. It will be presented a discussion above the effectiveness of this mean and its connection with the people fundamental guarantees, conquered through a long and hard process along the centuries. Making analyses of such probatory instruments by the light of principals of the Right Constitutional, Criminal Law and Processal Criminal Law.

Keywords: Organized Crime. Probatory Procedure. Evidence Adducement Instruments. Fundamentals Guarantees.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O FENÔMENO DO CRIME ORGANIZADO E O ADEQUADO ENQUADRAMENTO.....	12
1.1 O surgimento do crime organizado.....	14
1.2 O crime organizado no Brasil	15
1.3 A mistura: presos comuns e presos políticos	16
1.4 O precursor: comando vermelho	18
1.5 A criação de outras facções criminosas	19
1.6 A Lei 9.034/95 e o crime organizado.....	21
1.7 A efetividade da Lei 9.034/95.....	23
1.8 A Lei 10.217/01 e as organizações criminosas	27
1.9 A necessidade de uma nova lei.....	27
2 DA PROVA	30
2.1 Conceito, legitimidade, finalidade e valor da prova	30
2.2 Dos meios de prova.....	30
2.3 Do limite à produção probatória	31
2.4 Prova ilícita.....	31
2.4.1 Conceito	31
2.4.2 Da admissibilidade das provas ilícitas	32
2.4.3 Da posição brasileira	33
2.5 Prova ilegítima.....	34
2.6 Diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas.....	34
2.7 A aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada	37
3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO EXTRAORDINÁRIOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DO CRIME ORGANIZADO	40
3.1 Aspectos gerais.....	40
3.2 Conceito	40
3.3 Antecedentes históricos	41
3.4 Natureza jurídica da interceptação telefônica.....	42
3.5 Da admissibilidade da interceptação telefônica e requisitos	43
3.5.1 Da admissibilidade	43
3.5.2 Dos indícios razoáveis.....	45
3.6 Do procedimento	47
3.7 Do valor probatório.....	48
3.8 Da problemática envolvendo o conceito de interceptação telefônica e suas modalidades	50
3.9 As hipóteses de não admissibilidade da interceptação telefônica previstas no artigo 2º da Lei 9.296/96.	52
3.10 A prorrogação da interceptação telefônica	55
3.11 A constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 1º da Lei 9.296/96....	57

3.12 Da indispensabilidade da autorização judicial e o princípio da proporcionalidade.....	60
4 OUTROS MEIOS EXTRAORDINÁRIOS DE INVESTIGAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO.....	63
4.1 A ação controlada e a infiltração	63
4.2 O poder judiciário no combate ao crime organizado	65
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS.....	73

INTRODUÇÃO

O crime organizado vem crescendo ao longo dos anos, com ações cada vez mais ousadas e tudo isso diante da convivência do poder público.

Nos estabelecimentos penais brasileiros, os presidiários comandam seus crimes, muitas vezes corrompendo os agentes públicos. E isso vai além das fronteiras nacionais, pois existem inúmeras operações criminosas com o crime organizado fora do país.

Essas organizações criminosas são *societas sceleris* compostas de divisões, organicamente estruturadas, com o fim de praticar ilícitos penais, retirando o máximo proveito da atividade.

O crime organizado faz parte de uma estrutura complexa e estrategicamente articulada. Por isso, há grande dificuldade em se obter prova.

Para a apuração de crimes de alta tecnologia, de crimes sofisticados e crimes transnacionais, os meios de prova não são os meios de prova tradicionais. Assim, a interceptação telefônica se mostra como instrumento ágil e eficiente para alcançar esse tipo de crime.

O Brasil vem acumulando grande experiência em novos meios de prova: quebra de sigilo bancário, quebra de sigilo fiscal, interceptação ambiental, interceptação telefônica.

Há outros meios de prova que estão em várias leis: infiltração de agente policial na organização criminosa; a ação controlada, ou seja, quando a polícia não faz o flagrante na hora, mas deixa para fazer o flagrante mais adiante para ter mais eficácia, capturando os autores do crime ou apreendendo o material, a droga, por exemplo, em maior quantidade; temos a chamada delação premiada ou direito premiado, em que o co-réu que participa prestando informações eficazes no desvendamento do crime pode ter a sua pena atenuada ou mesmo extinta.

Enfim, para lidar com as organizações criminosas são necessários instrumentos diferentes daqueles meios de prova que conhecemos no dia-a-dia do processo penal.

O objetivo do presente trabalho é estudar o uso da interceptação telefônica no combate ao crime organizado. Inicialmente, será discutido o fenômeno do crime

organizado e o adequado enquadramento, além da apresentação dos mecanismos de efetiva resposta ao crime de maior potencial ofensivo, como a Lei n. 9.034/95.

No segundo capítulo, o estudo abordará a questão da prova, analisando seu conceito, legitimidade, finalidade e valor. Também será definido o que é meio de prova, além de discutir o limite à produção probatória e a crucial questão da prova ilícita e a posição brasileira quanto a sua admissibilidade. Ainda será apresentado um princípio internacionalmente conhecido - a teoria do fruto da árvore envenenada.

O terceiro capítulo irá tratar da interceptação telefônica como meio extraordinário de investigação criminal do crime organizado, analisando o conceito de interceptação telefônica, antecedentes históricos, a natureza jurídica, a admissibilidade e o procedimento. Também será discutido seu possível valor probatório, além da problemática envolvendo o conceito de interceptação telefônica e suas modalidades. Também serão analisadas as hipóteses de não admissibilidade da interceptação telefônica previstas no artigo 2º da Lei 9.296/96, a questão da prorrogação, a indispensabilidade da autorização judicial e o princípio da proporcionalidade.

Por fim, o quarto capítulo, irá discorrer sobre os outros meios extraordinários de investigação do crime organizado, finalizando com um breve estudo sobre a importância da organização do Poder Judiciário, principalmente a nível federal, no combate ao crime organizado.

1 O FENÔMENO DO CRIME ORGANIZADO E O ADEQUADO ENQUADRAMENTO

Luiz Flávio Gomes¹, no proficiente e destacado estudo sobre as características criminológicas da organização criminosa, pontificou:

A ciência criminológica, de qualquer modo, já conta com incontáveis estudos sobre as organizações criminosas. Dentre tantas outras, são apontadas como suas características marcantes: hierarquia estrutural, planejamento empresarial, claro objetivo de lucros, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional de atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público e/ou com o poder político, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades, alto poder de intimidação, alta capacitação para a fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações etc.

É sabido que as organizações criminosas vêm provocando intenso dano ao corpo social, sobretudo quando se utilizam da corrupção para concretizar os seus nefastos fins.

Tanto que, o Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002, que promulgou, com reserva para o art. XI, §1º, inciso “c”, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, debatida em Caracas em 29.03.96, destaca:

[...]

3. PERSUADIDOS de que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social;
4. RECONHECENDO que, muitas vezes, a corrupção é um dos instrumentos de que se serve o crime organizado para concretizar os seus fins;
5. CONVENCIDOS da importância de gerar entre a população dos países da região uma consciência em relação à existência e à gravidade desse problema e da necessidade de reforçar a participação da sociedade civil na prevenção e na luta contra a corrupção;
6. RECONHECENDO que a corrupção, em alguns casos, se reveste de transcendência internacional, o que exige por parte dos Estados uma ação coordenada para combatê-la eficazmente;
7. CONVENCIDOS da necessidade de adotar o quanto antes um instrumento internacional que promova e facilite a cooperação internacional para combater a corrupção e, de modo especial, para tomar as medidas adequadas contra as pessoas que cometam atos de corrupção no exercício das funções públicas ou especificamente vinculados a esse exercício, bem como a respeito dos bens que sejam fruto desses atos;
8. PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS com os vínculos cada vez mais estreitos entre a corrupção e as receitas do tráfico ilícito de entorpecentes, que ameaçam e corroem as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade, em todos os níveis;

¹ GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado. *Jornal Correio Braziliense* – Direito e Justiça, 19/11/2001.

Em tal panorama, fundamental a ratificação, pelo Brasil, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo - promulgada através do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, sendo certo que o objetivo da aludida Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu no HC 77771/SP, relatora Min. Laurita Vaz, publicado no DJe em 22.09.2008, consoante a Convenção de Palermo:

EMENTA HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes -mormente estelionatos -, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de "testas-de-ferro", desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes.

2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.

3. O recebimento da denúncia, que se traduz em mera admissibilidade da acusação diante da existência de sérios indícios de autoria e materialidade, mostra-se adequado, inexistindo a alegada inépcia, porquanto preenchidos todos seus pressupostos legais.

4. Nesta fase inaugural da persecução criminal, não é exigível, tampouco viável dentro do nosso sistema processual penal, a demonstração cabal de provas contundentes pela acusação. Esse grau de certeza é reservado para a prolação do juízo de mérito. Este sim deve estar calcado em bases sólidas, para eventual condenação.

5. Mostra-se, portanto, prematuro e temerário o acolhimento do pedido da defesa de trancamento da ação penal, de maneira sumária, retirando do Estado, de antemão, o direito e, sobretudo, o dever de investigar e processar, quando há elementos mínimos necessários para a persecução criminal.

6. Ordem denegada

De igual relevo é o Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-

Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, onde está patente a preocupação:

Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito.

1.1 O surgimento do crime organizado

O marco inicial das atividades perpetradas pelo crime organizado não é conhecido com exatidão, mas sabe-se que esse fenômeno, espalhado pelo mundo, é muito antigo. Têm-se o ano de 1644 aproximadamente, como o início das atividades criminosas desenvolvidas pelas chamadas Tríades (China), comum movimento popular de resistência a dinastia Ch'ing. Em 1842, com a colonização inglesa houve a migração para Hong Kong e posteriormente para Taiwan das tríades, onde havia por parte dos criminosos o incentivo para que esses camponeses locais produzissem ópio, matéria prima na produção de heroína².

No século XIX, com a imigração de chineses para América, mais precisamente os EUA, as tríades aproveitaram essa situação para se instalarem em solo americano.

Outra organização internacional de destaque é a Yakuza (Japão), tendo dados de estudiosos que suas ações já se desenvolviam no sistema feudal no século XVIII. Nela, o tráfico de drogas, tráfico de mulheres, prostituição, lavagem de dinheiro, tudo era exercido com um poder disciplinar rígido, o que causava temor de seus componentes. Se uma ordem fosse dada e a missão não obtivesse êxito, os chefes aplicavam castigos das mais variadas formas podendo até mesmo punir com a morte.

Na Itália, a origem da máfia também não é bem definida, mas em pouco tempo surgiram várias organizações criminosas como a Cosa Nostra, a Camorra e a Sacra Corona Unita. Elas utilizavam de violência para executar suas ações delituosas, como o tráfico de drogas, de armas e atuação numa rede internacional de prostituição, atuando também com um grande poder corruptível de autoridades públicas. Aqueles que combatiam seus negócios criminosos eram mortos, como

² LUPO, Salvatore. *História da Máfia* - das origens aos nossos dias. São Paulo: Unesp, 2002.

aconteceu com juízes, promotores e diversas autoridades do primeiro escalão italiano.

No século XX, houve uma intensa corrente migratória para o continente americano e vários italianos foram tentar a vida nos EUA e, entre eles, a máfia italiana, que veio expandir seus negócios criminosos na América. Com essa migração criminosa e suas atividades organizadas, surgem no final da década de 1920, nos EUA, os primeiros grupos organizados que tinham suas atividades iniciais voltadas para a venda ilegal de bebidas alcoólicas.

Um dos mafiosos mais conhecidos da história foi Alcapone, criminoso de extrema habilidade para o crime e na aliciação de autoridades públicas, atuou intensamente no território norte americano, ao ponto de convocar a primeira convenção nacional do crime organizado em 1929 na cidade de Atlantic City (EUA).

Atualmente, o governo americano emprega grandes cifras no Departamento de Justiça para tentar combater o crime organizado e seus produtos ilícitos que passam por suas fronteiras trabalhando com setores de inteligência interna e externamente, onde um grupo de destaque é a DEA (Drugs Enforcement Agency), atuando de acordo com os tratados que possuem formalmente em 23 países.

A situação é de alerta total e tem-se buscado cada vez mais a cooperação entre os Estados e através das ações da Interpol pelo mundo para combater o crime organizado. E para piorar, alguns grupos criados, como as FARC, por exemplo, inicialmente para buscar políticas diferentes adotadas na Colômbia, desvirtuaram os seus propósitos e estão atuando com o crime interno e de outros países.

1.2 O crime organizado no Brasil

A prática de grupos se organizarem para cometerem crimes não é atual, vem de longos anos e está sendo realizada praticamente em várias localidades do mundo. No Brasil, por exemplo, havia o bando de lampião e seus cangaceiros, que nos anos 30 andavam fortemente armados e apavoravam diversas cidades no interior do nordeste com suas ações delituosas³.

Outra forma de crime organizado inicial no país foi o jogo do bicho. Atuando em grandes cidades com envolvimento em cassinos, lavagem de dinheiro e

³ CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. *Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e princípio da legalidade estrita*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, v.6, n. 24 p. 99-124, out.-dez.1998.

prostituição, chegavam a por em circulação grandes cifras e obtinham lucros para os bicheiros e pagamento de propina a autoridades⁴.

Com o passar dos anos, o crescimento da urbanização, o Estado despreparado para receber esse contingente populacional nas cidades, a falta de emprego, de educação e de amparo social, fez crescer a criminalidade⁵.

As autoridades públicas, sem contar com uma política social adequada para prover o cidadão com emprego, moradia, educação, fazem com que esse indivíduo muitas vezes busque obter no crime, aquilo que ele não está conseguindo legalmente. Com isso, o Estado fica obrigado a criar penitenciárias para abrigar esses criminosos, e assim possam cumprir suas penas pelos delitos cometidos.

A superlotação nas cadeias estatais espalhadas pelo país, a falta de uma organização dos estabelecimentos penais, são o estopim para implantar a crise no sistema, com fugas, rebeliões e morte nos presídios⁶. Os criminosos mais ousados e qualificados começam a sentir a fragilidade do Estado e assim começam a se articular para se beneficiarem da negligência estatal, criando regras internas dentro das cadeias, usando um espaço público em benefício de suas ações criminosas.

Por outro lado, o poder público atua de forma omissa e muitas vezes conivente, com agentes públicos sendo corrompidos cotidianamente pelo crime organizado. Assim, o poder desses criminosos fica maior, com o Estado tendo suas forças fragilizadas no combate a essas organizações criminosas, dificultando o seu desmantelamento.

1.3 A mistura: presos comuns e presos políticos

A falta de uma política voltada para o sistema penitenciário começou a provocar uma reação por parte dos próprios condenados que sofriam com tanto abandono do Estado. Quando o poder público agia, o fazia de forma negligente, demorada, na qual presos que já cumpriram suas penas continuavam encarcerados, havendo também abuso por parte de alguns agentes prisionais que maltratavam os

⁴ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico* (lei 9034/95) e político criminal. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁵ SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley. *Repressão ao crime organizado*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2003.

⁶ LAVORENTI, Wilson; GERALDO DA SILVA, José. *Crime organizado na atualidade*. Campinas: Bookseller, 2000.

presos, torturando-os, e tratando-os como animais, dificultando assim sua ressocialização e a volta para o convívio social.

Os estabelecimentos penais, na sua maioria, funcionam como depósito de pessoas, pois são velhos, insalubres e com uma estrutura arcaica, sem locais de especialização profissional para ajudar o preso a ter um conhecimento quando sair da cadeia, salas de estudos no intuito de alfabetizar ou melhorar o ensino, assistência à saúde do condenado. A superlotação não favorece a disciplina nem a reabilitação social do detento, criando com isso um verdadeiro estopim preste a explodir a qualquer momento⁷.

Em decorrência desses fatos, com o aumento da criminalidade e um maior número de pessoas condenadas a cumprir pena em regime fechado, fez lotar as unidades prisionais pelo Brasil. E como o Estado não possuía o número de presídios adequados para abrigar todos os condenados, começaram a misturar todos os tipos de presos, desde aquele preso por crime comum, a aqueles que cometeram crimes políticos⁸.

Essa mistura de presos foi o início das articulações criminosas que ocorreram por parte dos detentos, porque enquanto presos comuns traficavam drogas, os presos políticos traficavam papéis e informações, sendo mais especificamente em 1960, no presídio da Ilha Grande, no Estado do Rio de Janeiro, onde os presos políticos começaram a transmitir aos detentos comuns uma ideologia e o desenvolvimento de técnicas de guerrilha urbana.

Um personagem de destaque nessa troca de conhecimentos foi o padre Alípio Cristiano De Freitas, um português naturalizado brasileiro que tinha fama de ser um líder nato, na qual liderou diversas manifestações políticas, incentivou a luta camponesa, fundou o Partido Revolucionário dos Trabalhadores (PRT), e foi cumprir pena no presídio da Ilha Grande, entre 1974 e 1975. O padre Alípio já havia cumprido pena no Carandiru em São Paulo e já tinha tido contato com os presos comuns.

Com esse poder de persuasão, o padre Alípio, através do seu vasto conhecimento, começa a transmitir aos presos cariocas da Ilha Grande seus

⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

⁸ MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998.

conhecimentos e técnicas. Essa troca de informações foi fator preponderante para a idéia de se criar um grupo organizado.

1.4 O precursor: comando vermelho

Com um trabalho de articulação difundido entre os presos, surge, no Rio de Janeiro, em meados dos anos de 1980, o Comando Vermelho (CV). Criado nos moldes das organizações de esquerda da luta armada, aprimorado com técnicas da guerrilha urbana e um rígido comando, tendo como destaque em sua fundação Willian da Silva Lima, o Professor, bem como os criminosos que iniciaram suas ações, como José Carlos dos Reis Encina, o Escadinha, Francisco Viriato de Oliveira, o Japonês e José Carlos Gregório, o Gordo⁹.

O Comando Vermelho está ligado ao tráfico de drogas em grande escala e ao tráfico de armas com poderio de guerra. Também está ligado a seqüestros e todas as atividades criminosas que sejam uma forma de angariar dinheiro para financiar a compra de entorpecentes. Utilizam as fronteiras, a malha viária extensa, os portos e aeroportos para importar ou exportar seus produtos ilegais, aproveitando a vasta imensidão do território brasileiro¹⁰.

A organização desse grupo criminoso é tão grande, que existe até um estatuto de como os seus componentes devem proceder, cumprindo suas missões de acordo com o ordenado pelos chefes, pois as punições para aqueles que falham são severas, chegando até mesmo a morrer por uma ordem não cumprida.

Os criminosos do Comando Vermelho atuam principalmente nos morros cariocas, aliciando jovens para serem soldados do tráfico e usando, em muitas ocasiões, a população como escudo nas incursões policiais. A atuação desse grupo é de total afronta ao poder legalmente constituído. Eles dominam as localidades onde traficam, fecham escolas, comércios, e qualquer local que entendam necessário.

Suas ações são desenvolvidas na base da violência, contra todos que os enfrentam e possuem ligações com outros grupos criminosos do país e até mesmo do exterior, como é o caso das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia

⁹ TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. *Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas*. Curitiba: Juruá, 2003.

¹⁰ GOMES, Luiz Flavio e CERVINI, Raul. *Crime Organizado – enfoques criminológico, jurídico e político-criminal*. São Paulo: RT, 2ª ed., 1997.

(FARC). Traficam armas e drogas com essa organização colombiana, num verdadeiro intercâmbio criminoso. Em janeiro de 2003, investigadores da Divisão de Repressão ao Crime Organizado da Polícia Civil do Rio de Janeiro (DRACO), obtiveram informações que guerrilheiros das FARC estariam treinando delinquentes do Comando Vermelho.

A população carioca há muito tempo vive num estado de insegurança devido ao aumento da criminalidade e audácia dos criminosos. Infelizmente é comum ver casos em que a pessoa, em sua própria residência, é atingida por balas perdidas oriundas do confronto entre bandidos e polícia ou de organizações criminosas contra outra organização pelo controle da venda de drogas e a busca incessante pelo lucro.

1.5 A criação de outras facções criminosas

A afronta do crime organizado não se limita somente a um Estado, pois esse crime foi estendido por outras Unidades da Federação, como por exemplo, Serpentes Negras, criada na Casa de Detenção em São Paulo, no ano de 1984, numa alusão à Mamba Negra, serpente considerada como a mais venenosa do mundo. Mas com o passar do tempo, mais precisamente em 1993, foi criada na Casa de Custódia de Taubaté, no Estado de São Paulo, o Primeiro Comando da Capital (PCC), tido por algumas autoridades como a mais perniciosa facção criminosa do país, tendo como principais fundadores José Marcio Felício, o Geleirão, Cezar Augusto Roriz, o Cezinha, José Eduardo Moura da Silva, o Bandeião e Idemir Carlos Ambrósio, o Sombra.

Atuando de forma extremamente organizada, esse grupo criminoso também possui um estatuto, que deve ser seguido com disciplina e respeito aos líderes, pois o descumprimento de alguma missão por parte de seus integrantes pode ser penalizado com a morte. Suas ações são voltadas para o tráfico de drogas de grandes proporções, tráfico de armas, roubo a bancos. Tudo isso para obtenção de dinheiro e manutenção da venda de entorpecentes.

Sua demonstração de força foi vista em 18 de fevereiro de 2001, onde o comando do PCC ordenou uma mega rebelião em 25 presídios do Estado de São Paulo, com ações perpetradas exatamente ao mesmo tempo, mostrando que seus líderes têm um poder que ultrapassa os muros prisionais.

Em 2003, num plano audacioso e de extrema afronta ao poder público, houve vários ataques às bases da PM, Distritos Policiais e da Guarda Civil Metropolitana de São Paulo, feitos por integrantes do PCC, para reivindicar o tratamento que os líderes da facção criminosa estavam recebendo no Regime Disciplinar Diferenciado - RDD, onde vários policiais e criminosos foram mortos, numa verdadeira guerra urbana.

Posteriormente, o governo conseguiu dominar e acabar com a série de ataques, mantendo os líderes separados. Atualmente, um dos principais comandantes do PCC é o criminoso Marcos William Herbas Camacho, o Marcola, bandido astucioso e inteligente. Setores de inteligência das forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro e de São Paulo já têm certeza da atuação criminosa que ocorre entre o CV/RJ e o PCC/SP.

Alem dessa amizade criminosa, o PCC tem atuado nos Estados de Mato Grosso do Sul e ainda no norte do Paraná, demonstrando o poder de articulação criminal que essa facção criminosa opera, sempre com o comando firme de seus líderes. Apesar dos principais líderes estarem presos, eles ainda conseguem burlar ou até corromper a segurança das penitenciárias onde estão recolhidos.

Além dessas mais famosas organizações criminosas, existem espalhadas pelo território brasileiro diversos outros grupos organizados para o crime, como por exemplo, o Terceiro Comando (TC), que atua no Rio de Janeiro e é uma dissidência, criado por integrantes expulsos do CV/RJ. Ainda no RJ existe o Amigo Dos Amigos (ADA), atuando como rival do CV/RJ, brigando por pontos de venda de entorpecentes no Estado.

Em outros Estados, tem-se o Primeiro Comando do Paraná (PCP), que segue os ritos adotados pelo PCC paulista, perpetrando diversos crimes dentro e fora dos presídios e também possuidor de um estatuto, o Paz Liberdade e Direito (PLD), que fora criado por Marcola - do PCC, quando passou 11 meses preso no Complexo Penitenciário da Papuda em Brasília/DF, o Primeiro Comando Mineiro (PCM), que atua em todo o Estado de Minas Gerais e é apontado como braço direito do criminoso carioca Fernadinho Beira-Mar – do CV/RJ, vindo a confirmar as fortes ligações do crime organizado no Brasil.

Os Manos no Rio Grande do Sul, grupo atuante em todo Estado gaúcho, o Comando Norte – Nordeste (CNN), facção criminosa inspirada no CV/RJ, na qual atuam em Pernambuco, Rio Grande do Norte e Ceará, cometendo diversos crimes e

comandando ações de dentro dos presídios nordestinos, o Primeiro Comando de Natal (PCN), que também atuam no Rio Grande do Norte, o Primeiro Comando do Mato Grosso do Sul (PCMS), criado para impedir o domínio que o PCC/SP estava tendo nos presídios do Estado, o Primeiro Comando da Liberdade (PCL), organização criminosa criada por dissidentes do PCMS.

Preocupados com o aumento do poder do crime organizado, as autoridades da área de segurança, juntamente com o Ministério da Justiça, vêm adotando medidas para tentar conter esse avanço criminoso articulado por essas facções criminosas, isolando seus líderes em presídios federais de segurança máxima, nos moldes das cadeias nos EUA, denominadas Supermax, em Catanduvas (PR), Campo Grande (MS) e em fase final, só faltando inaugurar os de Porto Velho (RO) e o de Mossoró (RN), numa tentativa de dificultar suas ações e os encarcerando longe de seus domínios territoriais.

Se não bastassem esses grupos criminosos, há poucos anos tem-se notado a ação de Milícias no Estado do Rio de Janeiro, que são formadas por policiais, bombeiros, agentes penitenciários aposentados ou da ativa. Cobram pedágios ilegais de moradores de comunidades carentes em troca de segurança.

Esses tipos de crimes, não são os únicos enquadrados como crime organizado. Existem também as organizações especializadas em lavagem de dinheiro resultante de outros crimes, o famoso crime do colarinho branco. É perpetrado por autoridades dos mais altos escalões, como políticos e empresários de alto poder aquisitivo, que se organizam para traficar influência e lavar dinheiro, em busca de faturamentos milionários. Desviam verbas públicas da saúde, educação, segurança, causando sérios problemas para população, na qual, na maioria das vezes, esses poderosos saem impunes de suas jornadas delituosas.

1.6 A Lei 9.034/95 e o crime organizado

As autoridades do poder público, cientes do avanço do crime organizado, buscam através de estudos e discussões jurídicas criar uma norma no intuito de frear as ações e o afrontamento que essas organizações criminosas estão realizando contra o Estado legalmente constituído, e com a participação do legislador, editar uma lei que puna os crimes cometidos por esse tipo de crime. Mas a criação de uma lei deve passar por um crivo bastante exaustivo, pois criar uma

norma simplesmente por criar, ao invés de solucionar problemas, acaba trazendo redações de difícil interpretação, causando incertezas e dúvidas nos operadores do direito.

E infelizmente, com a edição da Lei 9.034/95, isso aconteceu. Nota-se que na sua essência não se sabia ainda o que seria crime organizado.

Para Interpol, o crime organizado é “Qualquer empresa ou grupo de indivíduos engajados em uma contínua atividade ilegal que tem por objetivo primário a geração de lucros, para além das fronteiras nacionais”. Já o FBI define organizações criminosas como “Uma conspiração criminal contínua, possuidora de uma estrutura organizada empresarial, conspiração alimentada pelo medo e corrupção”¹¹.

O conceito internacional de crime organizado seria o de uma estrutura organizada, estrategicamente globalizada, provocando um dano social com suas ações muitas vezes violentas e contendo a participação de pessoas pertencentes a diversas vertentes estatais, utilizando uma tecnologia moderna em ações extremamente articuladas.

E no Brasil, nem por analogia adotou alguma definição que tipifica e diz o que seria crime organizado, trazendo um problema para aplicar a norma. O crime organizado é formado por grupos organizados, contendo cada um deles uma estrutura caracterizada por uma hierarquia piramidal, com chefes, subchefes, gerentes e aviões, e cada um sabedor de qual serviço a realizar.

Essas características que são trazidas estão de acordo com os fatos que estão ocorrendo quando se vê a ação do crime organizado, cada vez mais com armas modernas, estruturas de primeira linha e com crimes articulados além das fronteiras dos países, de norte a sul do globo terrestre.

Aqui no território brasileiro se apreende droga da Colômbia, armamento americano ou israelense, troca-se informações com as FARC, mostrando o poder e a nocividade dessas organizações criminosas. A sociedade assiste toda essa situação de forma assustada, pois não vê uma ação efetiva por parte do Estado que é omissa.

¹¹ SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley. *Repressão ao Crime Organizado*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

1.7 A efetividade da Lei 9.034/95

A situação de falha normativa dessa norma é evidente, pois o conceito de crime organizado não se encontra tipificado em nenhuma norma legal no Brasil e por extensão utilizam o crime de quadrilha ou bando art. 288 do CPB para enquadrar os criminosos que fazem parte do crime organizado. Essa solução é errada, pois o crime organizado tende a ser um tipo de associação de criminosos articulados e com uma sofisticada rede de crimes e até mesmo a infiltração em órgãos estatais, no intuito de corrompê-los. Ao passo que a quadrilha ou bando seria uma associação estável, composta de mais de três pessoas para fim de cometerem crimes, sendo um equívoco tê-los como sinônimos.

Outros problemas decorrem dessa norma, como afronta a alguns direitos assegurados na CF/88 e em normas processuais.

Entre os temas contidos na Carta Maior, estão os relacionados com o direito penal e o processual penal. Ocorre que estamos num momento em que existem inúmeras legislações para serem aplicadas, em muitos casos elas afrontam os princípios da legalidade e da tipicidade. Para ser considerado crime, uma conduta tem de se enquadrar de acordo com que a norma estabelece. Ela deve ser tipificada.

Uma lei incompleta gera discussões quanto a sua aplicação e legalidade, deixando vácuos na legislação. Ao se tratar de crime organizado, a Lei 9.034/95 versa sobre diversas condutas relacionadas ao seu objeto, prevenção e repressão, admite a figura da infiltração policial e admite a ação controlada. Mas todas essas prerrogativas devem ser com autorização judicial. Tem-se também a possibilidade de quebra do sigilo bancário e telefônico, contrariando em tese os direitos fundamentais de forma explícita. Daí a necessidade de autorização judicial.

O sigilo exigido no processo investigatório contra o crime organizado está sendo amplamente debatido por estudiosos e operadores do direito, sendo considerado por muitos como um afronta ao princípio da publicidade, garantia que está escrita no rol da Constituição.

A lei que tratava do crime organizado, como se vê, recebeu várias críticas quanto a sua aplicação. Em uma análise dos doutrinadores, ela fere diretamente os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Em decorrência desses fatos, a discussão sobre o assunto é ampla. O problema está atingindo cada vez mais a sociedade brasileira e ainda não se tem no

país uma lei para aplicação das penalidades no caso concreto. Por isso, juristas, doutrinadores e os operadores do direito de uma maneira geral estão analisando como reverter essa situação, na qual o professor Luiz Flávio Gomes traz em um de seus artigos:

A única lei que regia o *crime organizado* no Brasil, até pouco tempo, era a de n. 9.034/95. Em abril de 2001 ingressou no nosso ordenamento jurídico um novo texto legislativo (Lei 10.217/01), que modificou os artigos 1º e 2º do diploma legal acima citado, além de contemplar dois novos institutos investigativos: *interceptação ambiental* e *infiltração policial*. Nosso legislador, sem ter a mínima idéia dos (geralmente nefastos) efeitos colaterais de toda sua (intensa e confusa) produção legislativa, talvez jamais tenha imaginado que, com o novo texto legal, como veremos logo abaixo, estaria eliminando a eficácia de inúmeros dispositivos legais contidos na Lei 9.034/95¹².

Esse tema vem sendo apreciado pela doutrina e aplicadores do direito, com a inexistência de uma norma tipificada que diz o que seria Crime Organizado ou Organização Criminosa. No sistema legal brasileiro, para uma norma ter caráter punitivo, ela tem que ser enquadrada num tipo penal específico e não ser aplicado por analogia para se punir uma conduta em tese ilegal, onde no cometimento destes crimes, sem uma norma específica se reportam ao art.288 CPB que traz a figura da quadrilha ou bando.¹³

O objetivo a ser buscado com a efetivação de uma norma que possa punir os criminosos que atuam de forma organizada é a paz pública, ameaçada pelo poder paralelo das organizações criminosas.

A afronta ao poder público é evidente, ao ponto de elaborar em uma lista de pessoas, entre elas políticos, jornalistas, policiais etc., com data agendada para morrer em represália à morte de detentos de uma cadeia no Estado de São Paulo, onde as facções criminosas (PCC-SP e CV-RJ) se articularam para cumprir essa agenda elaborada pelo alto escalão das organizações criminosas¹⁴.

Em vários livros e em alguns artigos se destaca principalmente essa falta de clareza e erro do legislador em editar esses dispositivos normativos que tratam do assunto a ser estudado.

¹² GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal. *Revista dos Tribunais*. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/10832/10397>> .

¹³ DANTAS, Josemar. Crime de lavagem de dinheiro. *Correio Braziliense*. Brasília, 08/03/2010. Direito e Justiça, p.1.

¹⁴ FILHO, ÉLIO Vanderley de Siqueira. *Repressão ao crime organizado*. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 99.

Infelizmente, a maioria dessas ações criminosas é comandada de dentro dos estabelecimentos do sistema prisional, mostrando, mais uma vez, a força que as facções criminosas possuem, até mesmo corrompendo agentes e diversas autoridades públicas¹⁵.

Essas ações não estão sendo executadas somente em algumas localidades. Estão se espalhando pelo país de maneira rápida e constante e até mesmo ocorrendo articulações de criminosos brasileiros com delinquentes internacionais, na qual se torna um problema de segurança nacional e com uma necessidade de se criar uma política de segurança voltada para esses acontecimentos.

O problema é que o poder público brasileiro, diante da criminalidade organizada que se instalou pelo país, age de forma equivocada e ineficaz. Editou uma lei para combatê-la e nem sequer tipificou de maneira concreta o que seria crime organizado, tendo que reportar ao crime de quadrilha ou bando e aplicar aos seus casos quando ocorrem.

O Estado deve investir em treinamento e material humano especializado, pois o crime organizado evolui rápido, acima da capacidade estatal de combatê-lo, sempre estando um passo atrás dos estragos causados por suas atividades criminosas. Suas estruturas são caracterizadas por uma hierárquica piramidal, com chefe, subchefe, gerentes e aviões¹⁶.

Outro ponto a ressaltar é a possibilidade de o juiz requisitar ou até mesmo realizar diligências pessoalmente de acordo com o art.3º da Lei 9.034/95, tendo com isso um risco de ferir o princípio da imparcialidade do magistrado; pois nesse caso ele irá produzir as provas e depois julgá-las, ferindo com isso o devido processo legal, direito assegurado na CF/1988. Com essa inobservância, o artigo referido foi declarado inconstitucional pela ADI 1.570 do STF:

Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a

¹⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. *Estado desorganizado contra o crime organizado*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 1997. p. 10.

¹⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 11.

Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (STF ADI/DF 1.570 12/02/2004 Tribunal Pleno¹⁷).

Além disso, há ainda, no caso das interceptações telefônicas, condições da autoridade policial ou representante do Ministério Público de requisitá-las, podendo ocorrer um confronto entre dois órgãos da justiça criminal.

No caso do art.6º, a lei traz a figura da delação premiada, na qual testemunhas ou até mesmo as vítimas poderiam ajudar, delatando a organização criminosa. Acontece que esse serviço deve decorrer de forma espontânea.

A delação não pode partir de ameaças, constrangimentos ou de qualquer outro tipo de prática ilícita. Majoritariamente, não se aceita “negociação” de delação. É preciso provar que as informações prestadas pelo delator são capazes de identificar a autoria e as infrações penais, pois, se o não forem, de nada se aproveitará. A pessoa que ajudar a justiça não tem uma garantia confiável por parte do Estado em garantir uma proteção eficaz e por isso têm receio de delatar as organizações criminosas¹⁸.

Os países devem estar preparados para enfrentar o crime organizado através de várias frentes, para que assim se tenha uma maior possibilidade de êxito. Um exemplo disso é o serviço de proteção a testemunhas realizado nos EUA pelos US.MARSHALS, que dão proteção aos colaboradores da lei 24 horas. A testemunha tem a prerrogativa de até mesmo mudar de nome, cidade e tudo isso com apoio estatal¹⁹.

Os processos que envolvem testemunhas para dismantelar o crime organizado nos Estados Unidos têm preferência quanto ao seu trâmite na justiça e o MP - dos EUA - atuam com legitimidade e também dando total amparo aos que colaboram com a delação premiada.

Houve a perda da eficácia de vários dispositivos da Lei 9.034/95 com o advento da Lei 10.217/01. Tendo em vista o princípio da legalidade, impõe-se aos juízes e tribunais, que vinham dando ampla efetividade a muitos dos dispositivos legais contemplados na Lei 9.034/95, revisarem seu anterior posicionamento em

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal*. Revista dos Tribunais. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/10832/10397>> Acesso em: 15/11/2009.

¹⁸ AMORIM, Carlos. *A irmandade do crime*. 8. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2007. p. 79.

¹⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 137.

relação aos vários dispositivos legais mencionados. Mais precisamente, todos que têm como base comum as *organizações criminosas*. Todos perderam eficácia, após a referida lei, porque não se sabe e tampouco agora existe qualquer margem para uma possível interpretação construtiva, no ordenamento jurídico brasileiro, o que se entende por organização criminosa.

1.8 A Lei 10.217/01 e as organizações criminosas

E como se não fosse suficiente esse erro legislativo na tentativa de enquadrar o crime organizado em uma norma, vem o legislador e edita a Lei 10.217/01 que traz no seu art.1º “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações criminosas de qualquer tipo.” Como errar uma vez é pouco, o legislador comete novamente o mesmo equivoco, pois não se sabe o que são as organizações criminosas e nem temos sua tipificação em nossa norma jurídica, trazendo novamente dúvidas e incertezas aos aplicadores do direito brasileiro. E ainda faz uma possível analogia em relação ao crime de quadrilha ou bando art.288 CPB, que é um crime totalmente diferente.

Dessa forma, o legislador dificulta mais a situação, tendo em nosso ordenamento duas normas incompletas e confusas para serem aplicadas.

1.9 A necessidade de uma nova lei

Para que se puna alguém no Brasil, é preciso primeiro que exista uma norma concreta, seguindo todos os trâmites legais desde a elaboração da nova lei até o momento de sua aplicação, trazendo com isso segurança jurídica aos aplicadores do direito. De maneira alguma uma norma jurídica deve ser motivo de dúvidas, porque desse modo abrirão brechas legislativas e poder punitivo estatal, em condutas tidas como graves, ficarão fragilizadas, beneficiando os criminosos.

A situação, como vemos, é desconfortável. O poder do crime organizado cresce a cada dia e ainda as autoridades não foram capazes de criar uma norma efetiva para combater esse tipo de crime. Com a omissão estatal, os criminosos aproveitam e afrontam o Estado com ações ousadas, atuando quase que de forma livre. Isso acaba se refletindo na sociedade, que paga seus impostos regularmente e infelizmente se sente insegura.

O legislador é peça fundamental para tentar barrar essa insegurança gerada pelos crimes cometidos por esses grupos organizados espalhados por nossas cidades. É preciso juntar os poderes constituídos, os aplicadores e doutrinadores do direito e como uma força tarefa, elaborar uma norma que verse e puna os crimes que são executados pelo crime organizado, de forma efetiva, sem deixar brechas na lei, para que se tenha uma interpretação concreta, tipificando esse tipo com uma norma penal de maneira definitiva.

Essas normas que foram editadas têm sua aplicação fragilizada, porque ainda não há uma tipificação do que seria crime organizado em nossa norma jurídica e suas redações vão contra alguns direitos fundamentais assegurados na Carta Magna de 1988, desrespeitando princípios constitucionais.

O déficit conceitual traz inúmeras incertezas aos aplicadores do direito, tendo, portanto, a necessidade de sanar essa omissão legislativa e evitar o crescimento do poder dos criminosos organizados, pois essa situação já vem sendo discutida e analisada há mais de dez anos e nenhuma atitude concreta por parte do poder público foi tomada.

O legislador brasileiro deve procurar tomar mais cuidado na elaboração de uma lei. No Brasil costuma-se editar normas produzidas com o calor das emoções sociais e se esquecem que depois para aplicar uma norma dessas, os aplicadores normativos terão dificuldade, ocorrendo uma série de leis inconstitucionais.

Esse furo legislativo há de ser sanado, para que se dêem condições legais para combater o crime organizado, respeitando sempre a CF/88 e sua redação maior. O poder público tem o dever de sair dessa situação omissa e tomar uma atitude que puna efetivamente os integrantes dos grupos criminosos.

Com uma nova lei, que já está em trâmite no Congresso Nacional (PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 150 de 2006), todo crime que demande uma organização bem estruturada, com seus componentes tendo cada um seu trabalho, deverá ser enquadrado no rol dessa nova norma. É uma tentativa no sentido de buscar incriminar todos seus participantes e até mesmo com agravantes, se no caso de desbaratar uma organização criminosa e tiver envolvimento alguma autoridade do poder público ou um servidor do setor privado que tenha influência de maneira efetiva no setor público, como por exemplo, grandes empresários, jornalistas, artistas.

Portanto, somente com uma nova lei que tipifique de forma concreta a figura do crime organizado teremos uma norma efetiva no combate ao crime organizado e dessa forma, não será necessário aplicar analogia a outra norma e nem terá confusão jurídica aos aplicadores do direito em matéria que verse sobre esse assunto.

Mas importante salientar que mesmo em face de tamanha confusão jurídica, os meios operacionais estabelecidos pelo legislador, como a ação controlada, acesso a dados, documentos e informações, captação e a interceptação ambiental, a infiltração, a colaboração espontânea, também intitulada “delação premiada” e o programa de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, em verdade, vêm apresentando resultados de grande valia na repressão aos crimes, como é corrente nos dias atuais, o que se comprova com as destacadas operações policiais em conjunto com os representantes do Ministério Público.

2 DA PROVA

2.1 Conceito, legitimidade, finalidade e valor da prova

A prova é o instrumento pelo qual as partes se valem para demonstrar ao juízo a ocorrência de um fato que constituirá o direito material das mesmas.

Fernando Capez definiu prova como sendo²⁰:

É o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts 156, 2º parte, 209, 234) e por terceiros (por exemplo peritos) destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Ou seja, as provas visam a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.

No processo penal, todos os fatos são controvertidos e o ônus de demonstrá-los caberá a quem alegá-los. Logo, à acusação caberá a prova dos fatos constitutivos (por exemplo: autoria, dolo, culpa etc..) enquanto pela defesa, deverão ser demonstrados os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos pertinentes à pretensão do autor (legítima defesa).

No nosso ordenamento jurídico o valor da prova segue o princípio do livre convencimento fundamentado onde o magistrado discricionariamente define o grau de valoração da prova, fundamentando em sentença a motivação de tal valoração.

Desta forma, provar significa demonstrar a verdade sobre algo, persuadindo o Juízo a fim de convencer o fato alegado.

2.2 Dos meios de prova

Meios de prova são os recursos diretos e indiretos utilizados para se alcançar a verdade real. São depoimentos, perícias, reconhecimentos, interrogatórios etc...

A lei estabelece os meios de prova que poderão ser utilizados no processo, entretanto, isso não implica que os meios de prova discriminados pela lei sejam taxativos, uma vez que o legislador nunca poderia pensar em todos os meios de prova.

²⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 223.

De tal forma, todos os meios de prova existentes são aptos a demonstrar a ocorrência de algum fato, desde que legais e morais.

2.3 Do limite à produção probatória

O direito à prova, embora esteja assegurado na Constituição Federal por meio dos direitos da ação e do contraditório, não é absoluto. Nesse sentido, o limite ao direito de prova é hoje objeto de imensa discussão na doutrina e na jurisprudência, que ora tende a ampliá-lo, ora tende a restringi-lo.

Com respeito ao devido processo legal, o direito à prova deve ser regularmente exercido, sob pena de violar a garantia do efetivo acesso à justiça, entretanto, há limites ao exercício deste direito.

O direito à prova não está só. Ao lado dele existem outros direitos igualmente resguardados pela ordem constitucional. Como exemplo: o direito à intimidade, à vida privada, à dignidade humana, ao respeito, à imagem das pessoas.

Diante da extensa previsão de garantias constitucionais inseridas nas liberdades públicas, tais direitos e especialmente o direito à prova não podem ser definidos como absolutos. O exercício desses direitos, portanto, não pode causar prejuízo à ordem pública e às demais liberdades alheias.

Logo, havendo dois direitos de natureza constitucional conflitantes, deverá preponderar aquele de maior valia e que não seja prejudicial à sociedade.

O direito de produzir provas não é ilimitado, pois o nosso direito adotou o princípio da proibição do uso de provas ilícitas.

2.4 Prova ilícita

2.4.1 Conceito

A prova ilícita é o instrumento inadequado à formação do convencimento judicial por possuir vícios comprometedores à norma material quanto aos princípios constitucionais como intimidade, dignidade, dentre outros.

Também chamada por alguns autores como “prova proibida”, “prova ilegal”, “prova ilicitamente obtida”.

A vedação legal quanto à admissibilidade das provas ilícitas visa respeitar o limite probatório, implícito ou expressamente previsto em leis processuais, materiais ou princípios gerais consagrados no ordenamento jurídico.

A CF/88 exemplificou alguns tipos de provas ilícitas como aquelas obtidas por violação ao domicílio, das comunicações, tortura e maus-tratos e em relação à intimidade, previstos respectivamente no artigo 5º, XI, XII, III, X.

2.4.2 Da admissibilidade das provas ilícitas

A admissibilidade das provas ilícitas sempre foi objeto de reflexões, resultando em posições conflitantes, especialmente em função das consequências e dos efeitos dela decorrentes.

Diante do inevitável e constante conflito entre os direitos de defesa social e liberdades individuais, a jurisprudência e a doutrina sempre oscilaram ora para admitir, ora para repudiar as provas ilícitas, variando conforme a situação social e política de determinado estado.

Com a evolução tecnológica, possibilitou-se a descoberta da verdade por outros meios até então não existentes, havendo necessidade de uma análise apurada quanto aos progressos científicos, com o fim de impedir a violação dos direitos fundamentais.

A preocupação de muitos estudiosos, e, especialmente dos juízes, é saber se deve ou não admitir uma prova contundente de materialidade e autoria do crime, mesmo que ainda esta viole os direitos individuais, sob pena de livrar-se solto uma pessoa comprovadamente culpada.

A admissibilidade da prova viciada que viola um direito fundamental em prol de um fim público de justiça e da defesa social, sempre foi um tema divisor de opiniões.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira²¹:

[...] o problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em poucos casos, antiética; de outro

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, in *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* (4), p. 112.

lado, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual mormente se impõe para que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.

A valoração das provas ilícitas na atividade instrutória decorrerá da posição adotada quanto à admissibilidade das provas ilícitas como forma de convencimento judicial.

A corrente que inadmite as provas ilícitas, em qualquer situação, independentemente dos motivos pelos quais estas foram obtidas, ou ainda, sem a análise apurada das questões de fato circunscritas ao caso, não confere valor algum a estas provas, tendo por consequência a inaptidão para a formação do convencimento judicial, sendo imediatamente desentranhadas, para evitar qualquer influência na decisão do julgador.

Os doutrinadores e alguns juízes que defendem a tese de admissibilidade das provas ilícitas, sustentam que se deve conferir um valor graduado a essas provas em determinados casos de extrema relevância, justificadoras da aplicação dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e teoria dos limites das normas constitucionais, permitindo-se, assim, a limitação a um direito fundamental, ainda que não haja qualquer autorização judicial.

2.4.3 Da posição brasileira

No Brasil, com o advento da CF/88 (art. 5º, LVI) consolidou-se a posição de inadmissibilidade das provas ilícitas, consagrando que o direito à prova não é absoluto, devendo haver um limite para a sua obtenção e postulação em juízo.

A intimidade e as liberdades individuais são os limites impostos aos poderes de investigação pela verdade real, tanto do Estado por meio de seus agentes públicos, como também pela atuação dos particulares.

Esses bens jurídicos são tidos por “quase absolutos”, pois a própria Constituição excepcionou no artigo 5º, XII, a regra contida no artigo 5º, LVI, considerando que haverá a possibilidade de admissão de prova ilícita por violação das comunicações telefônicas.

Essa exceção deve observar a regulamentação legal dada pela Lei 9.296/96 que exige como indispensável uma autorização judicial, bem como a finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal.

De acordo com o sistema atual de provas, o legislador constituinte adotou uma posição radical ao não conferir valor algum às provas admitidas ilicitamente.

Nesse caso, as provas não poderão servir como elemento de convicção ao órgão judicial, sendo desentranhadas dos autos e consideradas como inexistentes e incapazes de produzir qualquer efeito.

2.5 Prova ilegítima

O ordenamento jurídico brasileiro fala também em provas ilegítimas, havendo diferenciação entre estas e as ilícitas, muito embora alguns entendam, erroneamente, serem sinônimas.

Segundo Luiz Flávio Gomes²², enquanto na prova ilícita há um conflito com normas de natureza material, na prova ilegítima há um embate com normas de natureza processual:

Prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua produção em juízo (ou seja: no momento em que é produzida no processo). Exemplo: oitiva de pessoas que não podem depor, como é o caso do advogado que não pode nada informar sobre o que soube no exercício da sua profissão (art. 207, do CPP). Outro exemplo: interrogatório sem a presença de advogado; colheita de um depoimento sem advogado etc. A prova ilegítima, como se vê, é sempre intraprocessual (ou endoprocessual). Mas o fato de uma prova violar uma regra de direito processual, portanto, nem sempre conduz ao reconhecimento de uma prova ilegítima. Por exemplo: busca e apreensão domiciliar determinada por autoridade policial (isso está vedado pela CF, art. 5º, X, que nesse caso exige ordem judicial assim como pelo CPP - art. 240 e ss.). Como se trata de uma prova obtida fora do processo, cuida-se de prova ilícita, ainda que viole concomitantemente duas regras: uma material (constitucional) e outra processual.

2.6 Diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas

Enquanto a prova ilícita caracteriza-se pela infração a normas de direito material, no momento de sua obtenção, a prova ilegítima infringe normas prescritas no ordenamento processual.

²² GOMES, Luiz Flávio. *Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais*. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em 10/11/2010.

Em se tratando de provas ilegítimas, ocorre violação no momento de sua produção e será a própria lei processual que estabelecerá a sanção pelo seu descumprimento, ou seja, tudo se resolve ali.

Já a prova ilícita, ocorre a violação no momento da colheita, ou seja, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este.

Luiz Flávio Gomes²³ distingue a prova ilegítima da prova ilícita:

não se pode confundir o conceito de prova ilícita com o de prova ilegítima. A prova ilícita viola regra de direito material; a prova ilegítima ofende regra de direito processual. Esse primeiro fator distintivo é relevante, mas insuficiente. Outro fator muito importante diz respeito ao momento da ilegalidade: a prova ilícita está atrelada ao momento da obtenção (que antecede a fase processual); a prova ilegítima acontece no momento da produção da prova (dentro do processo). Ou seja: a prova ilícita é extra-processual; a prova ilegítima é intra-processual. Outra diferença que não pode deixar de ser sublinhada: a prova ilícita é inadmissível (não pode ser juntada aos autos; se juntada deve ser desentranhada; não pode ser renovada); a prova ilegítima é nula (assim é declarada pelo juiz e deve ser refeita, renovada, consoante o disposto no art. 573 do CPP).

[...]

Mas uma coisa é violar uma regra de direito material no momento da obtenção da prova (fora do processo). Outra distinta é violar uma regra processual no momento da produção da prova (dentro do processo). Obtenção da prova não se confunde com produção da prova. A obtenção acontece fora do processo; a produção se dá por meio de um ato processual. A confissão mediante tortura (na polícia) é prova ilícita; a confissão em juízo, perante o juiz da causa, sem a intervenção de advogado, é prova ilegítima (deve ser renovada). Ambas são antinormativas: mas uma é ilícita, enquanto a outra é ilegítima.

[...]

Já não cabe nenhuma dúvida: toda prova ilícita (que afronta o devido processo legal no momento da sua obtenção) deve ser desentranhada dos autos do processo. Já a prova ilegítima fica nos autos, mas deve ser declarada inválida pelo juiz (podendo ser renovada).

A doutrina não difere fortemente a prova ilegítima da ilícita. A prova pode ser conceituada como ilícita *latu sensu* ou *strictu sensu*. No estrito, ofende as disposições legais e constitucionais. No lato, o conceito se amplia, pois a ofensa é àquelas e também leis ordinárias e costumes. O fato é que ambas, indo contra o direito material ou processual, *a priori* não deveriam ser aceitas.

Existem três teorias para admissibilidade de prova ilícita: a) obstativa: corrente doutrinária que considera que a prova ilícita deve a todo custo ser rejeitada, por ferir princípios constitucionais de direitos e garantias individuais; b) permissiva: no sentido de que prevaleça a verdade, e na direção da eficácia da justiça, a prova

²³ GOMES, Luiz Flávio. *Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em 10/11/2010.

ilícita é válida para o convencimento do juiz. Defende que a ilicitude do meio pelo qual a prova ilícita foi obtida não invalida o conteúdo, desde que haja pertinência com o processo; e c) intermediária: posicionando-se entre as duas anteriores, defende o princípio da proporcionalidade. Entre, por exemplo, o direito à privacidade e à violação deste pela interceptação, deve haver verificação de qual bem jurídico deve ser mais valorado, para uma tutela mais eficaz.

Dentro desta última teoria, há que se verificar se o direito de maior relevância foi o violado. Se isto ocorreu, o judiciário deve tutelá-lo, rejeitando a prova. O contrário deve ocorrer se a prova ilícita garante direito mais primordial que o violado com a obtenção da mesma.

Art. 10: Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.
Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Como se verifica no art. 10 da LIT, há previsão criminal tanto para a interceptação sem autorização pelo juiz competente, como também há para quebra de sigilo de justiça. A aplicação da pena é cabível para quem comete um ou ambos os crimes.

Para a interceptação, o crime é consumado no ato de interceptar, e é cabível a admissão de crime tentado. Note-se que a autorização judicial mencionada não é a prévia autorização. Este ponto é discutido, mas em havendo *autorização posterior* acaba-se por excluir a infração penal.

Correntes há que abraçam a teoria americana dos “Frutos da Árvore Envenenada”, ou seja, tudo que deriva de uma prova ilícita é também ilícito, não podendo ser aceito em processos.

Outros doutrinadores, o que reflete em decisões judiciais várias, aceitam a prova derivada da prova ilícita, ou acolhem os resultados lícitos obtidos com ela. Em sua maioria, as decisões são tomadas sob o princípio da proporcionalidade, quando se pesa na balança da justiça o quanto um direito individual ferido pode preservar outro, mais coletivo.

Embora o direito à prova seja assegurado pela Constituição vigente, esse direito não deve ser visto como absoluto. Apesar de a busca da verdade ser o principal fim almejado pelo processo penal, certos limites devem ser obedecidos, visando a inviolabilidade de outros direitos que também são assegurados pelo nosso

ordenamento jurídico. São exemplos desses limites a proibição de depor a determinadas pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar sigilo (artigo 207, do CPP) etc. O nosso ordenamento jurídico não diz expressamente os meios de prova admitidos no processo, apenas trata dos direitos que não devem ser sacrificados em prol da obtenção da prova.

Assim, definiu Espíndola Filho sobre o tema:

Como resultado da inadmissibilidade de limitações dos meios de prova, utilizáveis nos processos criminais, é se levado á conclusão de que, para recorrer a qualquer expediente, reputado capaz de dar conhecimento da verdade , não é preciso seja um meio de prova previsto, ou autorizado pela lei, basta que não seja expressamente proibido, se não mostrar incompatível com o sistema geral de direito positivo, não repugne á moralidade pública e aos sentimentos da humanidade, piedade e decoro, nem acarrete a perspectiva de um dano , ou abalo sério a saúde física e mental das pessoas, que sejam chamadas a intervir da diligência.²⁴

Dessa forma, toda e qualquer prova cuja obtenção viole direito material ou processual, seja no âmbito civil, penal ou administrativo, estará maculada pelo vício da ilicitude.

Os professores Scarance Fernandes , Gomes Filho e Ada Grinover, de forma bastante clara, assim definiram prova ilícita :

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se as normas ou princípios colocados pela constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito á intimidade. Constituem , assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio(art. 5º,XI,CF) ou das comunicações(art.5º,III,CF); e as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art.5º, II,CF); as colhidas com infringência á intimidade(art.5º,X,CF), etc.²⁵

2.7 A aplicação da teoria do fruto da árvore envenenada

Trazendo luz à questão da licitude da prova e a aplicação – com temperamento – da teoria do fruto da árvore envenenada, merece transcrição o lapidar voto do Ministro Néri da Silveira:

Desde a primeira vez em que a Côrte examinou essa matéria, firmei minha posição. Penso que, apuradas provas autônomas, que subistem por si mesmas, como é o caso da apreensão de substância entorpecente em poder do acusado, não há como invocar-se, com prioridade, a circunstância da escuta telefônica não autorizada regularmente.

²⁴ SILVA,op.cit,p11.

²⁵ Idem.

No caso, há provas autônomas, com base nas quais é possível ter como procedente a denúncia. Sempre entendi, nos termos da Constituição, art. 5º, LVI – e esse seria o fundamento da súplica –, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Essas provas devem ser, inclusive, retiradas, desentranhadas dos autos, não se podendo, todavia, impedir o julgador de considerar, para os efeitos do ato de julgamento, as demais evidências colhidas com autonomia e que, po si sós, são bastantes ao juízo condenatório. É o caso da apreensão de dez quilos de cocaína em poder do acusado, o que, por si só, é suficiente para a formulação do juízo condenatório, da procedência da acusação²⁶.

Vem a tempo a inovação introduzida pela Lei 11.690/08, que deu nova redação ao art. 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, no trato do tema, escreveu no inciso LVI, do art. 5º, que “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Inspirada pela CF/88, a Lei 9.784/99, na porção que disciplina a instrução do processo administrativo, crava no art. 3º, que “são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”.

Anote-se que a Lei 11.690, de 09.06.08, ao dar inclusive nova redação ao art. 157 e §§, do CPP, definiu prova ilícita (art. 157, caput) e prova ilícita por derivação (§§1º e 2º do citado artigo). Diante de tal perspectiva, pode-se dizer, em aligeirada síntese, que prova lícita é aquela coletada em irrestrita observância das normas constitucionais ou legais.

A bem dizer, a prova, vista como coisa (substantivo), possui um substrato próprio, ou seja, 01 (um) quilo de droga, assim definido pela perícia oficial. É, em começo, prova idônea para configurar o ilícito tipificado no art. 33, da Lei 11.343/06.

²⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 76.203-0 SP, rel. Min. Nélson Jobim, DF 17.11.00.

No entanto, a ilicitude que pode comprometer a prova ocorre quando essa mesma prova (droga) é obtida por meios ilícitos e, nessa condição, não pode ser admitida no processo (art. 5º, inc. LVI, CF, art. 157 e §§, CPP), com as ressalvas previstas em lei.

Imagine o interrogatório de “X” – traficante de drogas – obtido através de tortura física ou psicológica, no qual são noticiadas outras modalidades de crimes cometidos por outras pessoas em locais diversos, inclusive.

Do interrogatório de “X”, cópias são remetidas para as respectivas autoridades para promoverem investigações e coletarem provas.

O interrogatório e as correspondentes provas do processo que investiga “X” serão consideradas provas ilícitas (art. 157, caput, CPP).

Já as provas obtidas nos demais processos podem receber a mácula de provas ilícitas por derivação, desde que não alcançadas pelas ressalvas dos parágrafos primeiro e segundo do art. 157, do CPP.

3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO EXTRAORDINÁRIOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DO CRIME ORGANIZADO

3.1 Aspectos gerais

Diante da reflexão quanto aos aspectos penais, processuais e constitucionais, quanto à polêmica relacionada às provas ilícitas, e, principalmente no que diz respeito à interceptação telefônica como meio de prova no combate às organizações criminosas, verifica-se a preocupação do legislador para disciplinar o campo das comunicações telefônicas, tanto para proteger o direito à intimidade, bem como resguardar as outras liberdades individuais presentes no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (inviolabilidade da honra, da imagem das pessoas, do domicílio e etc...).

Trata-se obviamente de uma preocupação natural em razão da crescente evolução tecnológica dos meios de comunicação usados pelas organizações criminosas.

As pequenas generalidades dos conceitos de prova, limite probatório e prova ilícita foram demonstrados no sentido de se averiguar e refletir sobre a extensão dos dispositivos da Lei 9.296/96 que tem por escopo regulamentar as interceptações telefônicas, embora a lei também trate da área de telemática e informática.

Até então, o que existia eram acirradas discussões jurisprudenciais e doutrinárias antes da publicação da supracitada lei, entretanto, a problemática deste tema não encerrou por completo as discussões.

O legislador poderia ter melhor detalhado o assunto. Mas o que parece, e, invariavelmente acontece, optou por deixar, intencionalmente ou não, para a doutrina ou jurisprudência, a interpretação da lei. A problemática vai ser demonstrada nos tópicos seguintes deste trabalho.

3.2 Conceito

Rachel Pinheiro de Andrade conceituou interceptação telefônica como o ato ou o efeito praticado por terceiro de apropriar-se de elemento fonético alheio, às obscuras.

Ada Peligrini Grinover apresenta várias definições²⁷:

[...]Grevi defini as interceptações telefônicas strictu sensu como um ato conjunto, ou seja, ao mesmo tempo que possibilita a escuta por um terceiro, impede o recebimento ou a sua conclusão por parte do destinatário. Seria uma operação limitadora das comunicações telefônicas, quer sob o ângulo da liberdade (através do impedimento ou do desvio) quer sob o ângulo do sigilo (através da escuta ou do conhecimento). Gosso a define como escuta direta e secreta das mensagens telefônicas, captando-se a conversa no exato momento em que esta se desenvolve sem que pelo menos um dos interlocutores tenha conhecimento da atividade ilícita.

... as interceptações indicam sempre a intervenção externa em comunicação entre outras pessoas, com a finalidade de tomar conhecimento de circunstâncias que, de outra forma, permaneceriam desconhecidas, ou seja, seria a captação de comunicação telefônica entre duas pessoas, diversas do interceptador, sendo que pelo menos uma delas desconhece a existência da intromissão.

Luis Francisco Torquato Avólio sustenta²⁸:

[.] a interceptação telefônica strictu sensu, é a captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores. Seria aquela atividade que se efetivaria por meio de “grampeamento”, ou seja pelo fato de “interferir numa central telefônica, nas ligações da linha de telefone que se quer controlar, a fim de ouvir e/ou gravar conversações.

Conclui-se então que a interceptação telefônica é o ato ou efeito praticado por terceiro de apropriar-se do conteúdo de conversação entre dois ou mais indivíduos sob o desconhecimento total dos mesmos.

3.3 Antecedentes históricos

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a ordem constitucional anterior proibia de forma absoluta qualquer tipo de intromissão na vida privada das pessoas, quando por intermédio do art. 153 § 9º da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, dispunha sobre a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, entretanto, a antiga constituição excepcionava esta inviolabilidade ante a hipótese de estado de sítio e de estado, ou, medidas emergenciais (artigo 165, § 2º, artigo 155 e 158, § 1º).

Naquela época, a interceptação telefônica era regida pelo Código Brasileiro de Telecomunicações. O artigo 57, inciso II, letra “e” já dispunha que constitui

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. 2º ed. São Paulo: RT, 1982, p.249.

²⁸ AVÓLIO, Luis Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: RT, 1995, p. 94.

violação de telecomunicações o conhecimento dado ao juiz competente mediante requisição ou intimação deste. Já o artigo 56, § 2º do mesmo diploma legal, determinava que a interceptação telefônica deveria ser realizada pelos serviços das estações e dos postos oficiais.

Desde então, a polêmica do tema “interceptação telefônica” era muito discutido pela doutrina como pela jurisprudência, pois a Constituição vigente da época não previa essa exceção legal admitida no Código de Telecomunicações.

Logo, se para alguns estas normas eram tidas como inconstitucionais, para outros, nenhum direito ou garantia tinham caráter absoluto.

A Jurisprudência oscilava em permitir a interceptação telefônica em crimes particularmente graves como de extorsão mediante seqüestro. Nestes casos uma exaustiva análise da existência de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* era demonstrada, bem como uma autorização judicial era indispensável.

Até então o único diploma legal que regulava as comunicações telefônicas era o Código de Telecomunicações.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, por intermédio do inciso XI do artigo 5º, foi consolidado o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, salvo, quanto esta última, quando obtida por autorização judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Porém, nova discussão doutrinária e jurisprudencial começou a ser travada. O ponto jurídico em conflito seria se o Código Brasileiro de Telecomunicações tinha sido recepcionado pela CF/88. Discutia-se a necessidade de promulgação de uma lei específica quanto às interceptações e escutas telefônicas.

Logo, em 24 de julho de 1996, foi publicada a Lei 9.296/96, que passou a regular a matéria, ainda deixando lacunas vazias quanto a diversos aspectos.

3.4 Natureza jurídica da interceptação telefônica

A interceptação telefônica é uma operação técnica que busca apreender elementos fonéticos constituidores da conversa telefônica. Através desta operação se prendem os sinais sonoros, provedores da investigação. O objeto material é representado pelos sinais sonoros que seriam classificados como fonte de prova no combate às organizações criminosas.

A apreensão deste objeto material teria a característica de um provimento cautelar com o fim de assegurar, no processo, meio probatório o qual permita o real convencimento do órgão julgador e a efetiva prestação jurisprudencial.

3.5 Da admissibilidade da interceptação telefônica e requisitos

3.5.1 Da admissibilidade

Afirmando-se como paradigma que a decisão interlocutória que autoriza a interceptação telefônica tem natureza cautelar, há, para tanto a necessidade de se identificarem os requisitos das medidas cautelares.

Quanto ao *fumus boni iuris*, ou seja, a relevância de motivos, a Lei 9.296/96, através do artigo 2º, inciso III, dispõe que não será admitida a interceptação telefônica quando o fato investigativo constituir infração penal punida com pena de detenção, limitando-se a conceder a medida para apenas os crimes punidos com pena de reclusão.

Em relação ao *periculum in mora*, ou seja, o prejuízo decorrente da demora da prestação jurisdicional, objetiva como função principal evitar o esquecimento natural dos fatos da memória do ser humano através da materialização dos elementos fonéticos em um documento.

O Promotor de Justiça Paulo Rangel afirma²⁹:

A exigência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal (cf. art. 2º, I) deixa clara a presença de *fumus boni iuris* como primeiro pressuposto da medida cumulada com a inexistência de outros meios de prova disponíveis para a obtenção das informações necessárias, representado, assim, o *periculum in mora*. Neste último caso, evidencia-se a necessidade e a urgência da medida. Posto isto, não se tem dúvida em afirmar que a natureza jurídica da medida de interceptação telefônica é cautelar. Portanto, de índole normativa processual.

Portanto, a natureza jurídica da interceptação telefônica seria a cautelar, observados os parâmetros constitucionais e infraconstitucionais, juntamente com os requisitos “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”.

A admissibilidade das interceptações telefônicas no combate ao crime organizado está circunscrita tanto no campo constitucional e infraconstitucional. A

²⁹ RANGEL, Paulo. Breves Considerações sobre a Lei nº 9296/96 – interceptação telefônica, *Revista Forense*, nº 344, p. 220.

admissibilidade deste tema tem como fonte de seus limites a necessidade de se equilibrar as liberdades individuais e a defesa social, pois se trata de uma prova ilícita admitida no direito processual penal a qual se excepciona quanto aos limites da licitude probatória.

A Constituição Federal, expressamente, admitiu a interceptação telefônica para fins de investigação policial ou em instrução processual penal por meio do artigo 5º, inciso XII da CF/88. Logo, implicitamente, este meio de prova é vedado em ações de natureza civil ou trabalhista.

O art. 5º, inciso XII da Carta Política, destaca no leito dos Direitos e Garantias Fundamentais do Cidadão, que:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A propósito, as garantias individuais previstas na Carta Magna, pondera Ada Pellegrini Grinover³⁰:

É inegável que as garantias individuais previstas na Carta Magna têm sempre feitiço e finalidades éticas, não podendo proteger abusos nem acobertar violações. Por isso é que as liberdades públicas não podem ser entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

De feito, não há como ignorar – na lida contra o crime organizado e sofisticado – o substancial proveito trazido para a eficácia probante da investigação criminal e da instrução processual penal com o advento da Lei 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF, e que cuidou da interceptação telefônica e também do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Malgrado tais predicados, é forçoso reconhecer o legítimo e fundado reclamo contra eventuais distorções e abusos no manejo da interceptação telefônica, que como regra de exclusão e por respeito aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, deve ser interpretada e aplicada restritivamente, sob pena de responsabilidade e anulação dos atos decorrentes³¹.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

³¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 83.983-5 PR, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.03.08.

O próprio artigo 2º da Lei 9.296/96 dispõe:

Não será admitida a interceptação das comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo com pena de detenção;

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

E mais adiante:

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Ressalte-se o cuidado do legislador ao traçar as normas disciplinadoras da interceptação telefônica, que como regra restritiva de uma garantia fundamental, deve ser interpretada restritivamente, ou seja, com limite.

Preciosa, no ponto, a lição de Crivellari citada por Carlos Maximiliano³²: “Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana, ou afetam a propriedade”.

O Superior Tribunal de Justiça³³, ao decidir o HC n. 76.686 – PR, em 09.09.08, da relatoria do Min. Nilson Naves, assentou:

Ora, não se interpretam, segundo o excelso Maximiliano (também ocupou ele uma das cadeiras do Supremo Tribunal, entre 1936 e 1941), estritamente as disposições que restringem a liberdade humana; de igual maneira, as que restringem a intimidade, a vida privada, etc.?

Portanto, a inadequada observação e a abusiva aplicação da lei têm provocado fundados e legítimos questionamentos.

3.5.2 *Dos indícios razoáveis*

Aqueles que militam como operadores da investigação criminal e da instrução processual penal, ou seja, Policiais, Magistrados, membros do Ministério Público e

³² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 76.686 – PR, em 09.09.08, da relatoria do Min. Nilson Naves.

Advogados sabem dos significativos resultados trazidos para a investigação com a introdução da interceptação telefônica.

É um instrumento fundamental de prospecção de prova na luta contra as organizações criminosas, daí porque deve ser aperfeiçoado e, sobretudo, preservado.

Por conseguinte, em linha de princípio e no resguardo de direitos fundamentais, a decisão concessiva da interceptação telefônica não deve estar baseada em meros indícios, que, como meio de prova, por si só, não há de sustentar medida restritiva de direitos nem juízo de reprovação.

A propósito, o indício está disciplinado no art. 239, do CPP: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra, ou outras, circunstâncias”.

Colhe-se da jurisprudência a devida extensão e interpretação do indício como meio de convencimento:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITO DO ARTIGO 1º, I, DA LEI 8.137/90. RÉU ABSOLVIDO COM BASE NO ART. 386, VI, DO CPP.

1. A condenação do acusado deve fundamentar-se em fatos provados. O indício, isoladamente, não é suficiente para embasar o decreto condenatório.

2. Apelação provida para absolver o réu, nos termos do artigo 386, VI, do CPP³⁴.

Corroborando a delicada tese, e calçado em “fortes indícios”, decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

[...]

II - Havendo fortes indícios de faltas profissionais cometidas por magistradas estaduais, deve o Tribunal de Justiça do Estado do Pará levar a termo o processo administrativo disciplinar instaurado, oportunidade em deverá apreciá-lo e julgá-lo de forma clara, contundente e irrepreensível, justamente para reafirmar a sua idoneidade no cenário jurídico nacional e afastar do Poder Judiciário Brasileiro a pecha de ser condescendente com a “sensação de impunidade” existente no País³⁵.

³⁴ BRASIL. TRF 1ª R., Acrim 96.01.24990-7 DF, rel. Des. Federal Eustáquio Silveira, DJ 07.11.96.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pet 1253 PA, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 04.06.2001.

Portanto, ante a frágil e cambiante base de convencimento probatório, os indícios para a sustentação do juízo de censura devem ser contundentes e exclusivos de qualquer hipótese favorável ao réu³⁶.

Ultrapassada estas preliminares de admissibilidade e requisitos, é fundamental que haja a autorização judicial. Esta autorização observará o princípio da imparcialidade e o balanceamento dos valores como intimidade e interesse processual.

3.6 Do procedimento

A interceptação telefônica no combate ao crime organizado poderá ser determinada pelo magistrado de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, no decorrer do inquérito policial ou durante o processo, ou, ainda, por representação da autoridade policial, na fase inquisitiva. O pedido de interceptação deverá demonstrar a necessidade da medida, relatando os motivos que os levaram a requerê-los.

Pela Lei 9.296/96, a autoridade policial poderá requisitar o serviço à concessionária pública ou fazê-lo pessoalmente (art. 7º). Uma vez recebido pelo Juiz o pedido de interceptação telefônica, terá ele o prazo de vinte e quatro horas para decidir (art. 4º, § 2º).

A lei não obriga o juiz a dar vista dos autos ao Ministério Público quando o pedido for feito pela autoridade policial, dada à invariável urgência da medida. Porém, havendo possibilidade, é aconselhável que o magistrado o faça, uma vez que é o Ministério Público o titular da ação penal pública como fiscal da lei, como também, o maior interessado na produção da prova.

Depois de gravada a conversação telefônica entre supostos membros de organização criminosa, a autoridade policial deverá elaborar um auto, contendo o resumo do que ocorreu no decorrer do incidente, que será acompanhado da fita com a gravação e a sua transcrição (art. 6º, § 2º). Logo após, recebida a prova, esta será apensada aos autos.

Um fato controvertido é a possibilidade do pedido *ex officio* por parte do juiz da causa, pois estaria o mesmo decidindo ao invés de julgar de forma imparcial. Há um equívoco do legislador ao dispor de tal forma, posto que a determinação da

³⁶ LESSA, Sebastião José. *Temas práticos de direito administrativo disciplinar*. Brasília Jurídica, 2005. p.153.

interceptação telefônica *ex officio* pelo juiz afronta o nosso sistema penal acusatório, onde as partes possuem a iniciativa probatória.

O juiz tem a iniciativa probatória no âmbito penal apenas nos sistemas inquisitórios, não sendo este o caso do Brasil. A opinião comum é que a mencionada previsão do caput do artigo 3º da Lei n.º 9296/96 é inconstitucional, pois afronta o nosso sistema penal acusatório e rompe com a necessária imparcialidade do julgador, requisito absolutamente essencial. A iniciativa da prova "compromete psicologicamente o Juiz em sua imparcialidade". O Juiz não pode ter idéias preconcebidas sobre o que vai decidir³⁷.

No tocante à autorização da interceptação pelo magistrado de ofício, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.570-2 analisou a realização de prova pessoalmente pelo juiz, de ofício, prevista no artigo 3º da Lei 9034/1995. Naquela ocasião, o STF entendeu pela inconstitucionalidade das provas produzidas pelo juiz de ofício, julgando procedente a ADI 1.570-2.

Sob o mesmo tema, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.450), que ainda tramita no STF, mas que, provavelmente, terá a mesma conclusão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1570-2. Provavelmente será declarado inconstitucional o artigo 3º da LIT, que autoriza o juiz a determinar a interceptação telefônica de ofício.

3.7 Do valor probatório

O momento de valoração da interceptação telefônica ocorre em momento posterior à sua admissibilidade.

Em primeira análise, quando uma prova é rejeitada pelo magistrado ela não terá nenhum valor probatório. Já se admitida, o juiz conferirá maior ou menor importância ao conteúdo conforme seu convencimento judicial.

Em segunda análise, estuda-se o fato a ser provado, ou seja, se o conteúdo da interceptação telefônica versar especificamente sobre o fato a ser provado, esta será denominada prova direta; por outro lado, se o objeto material recair a fato diverso, do qual se poderá chegar ao fato probando, a prova será indiciária.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 53.

Assim, a valoração variará conforme a natureza da prova, se indireta ou direta.

Tecnicamente, constatada a autenticação da voz através da realização de perícia, ou, por meio de confissão da parte a quem está sendo imputado o ato ilícito, o valor probatório será mais graduado.

Entretanto, se não houver aceitação da autoria pela parte e posterior falta de confirmação pela perícia através do resultado negativo do espectrograma de voz, pode o juiz atribuir nenhum ou reduzido valor probante a prova, isso, de acordo com seu livre convencimento desde que fundamente sua decisão.

A jurisprudência do STF já analisou a figura do contraditório diferido, no HC 90485/ SP, da relatoria do Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 10/04/2007:

Exequatur. Medida cautelar penal. Diligências para identificação e apreensão de bens. Proveito de infração penal. Ciência prévia do paciente. Inadmissibilidade. Risco de frustração das diligências. Caso de contraditório diferido, retardado ou postergado, mediante embargos ou agravo. Garantia de exercício pleno do direito de defesa. Ilegalidade inexistente. HC indeferido. Inteligência do art. 5º, LVI da CF e da Resolução nº 9/2005, do STJ. É legítima, em carta rogatória, a realização liminar de diligências sem a ciência prévia nem a presença do réu da ação penal, quando estas possam frustrar o resultado daquelas.

Segundo o relator Min. Cezar Peluso:

Isso não significa, todavia, que, tão logo realizada e documentada nos autos a diligência, não se deva assegurar ao interessado a possibilidade de defesa, o contraditório diferido, retardado, ou postergado, a fim de fazer valer a regra contida no art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República.

“Entre nós, as medidas cautelares são, em regra, determinadas sem audiência do titular do direito restringido, de ofício ou em atenção a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou representação da autoridade policial. As perícias são realizadas também sem participação do investigado ou de seu advogado. A observância do contraditório, nesses casos, é feita depois, dando-se oportunidade ao suspeito ou réu de contestar a providência cautelar ou de combater, no processo, a prova pericial realizada no inquérito. Fala-se em contraditório diferido ou postergado” (FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 60).

“Em situações que tais, de contraditório denominado ‘posticipato’, ou ‘diferito’, não há violação à garantia da bilateralidade da audiência, que, firme, se vê apenas diferida para momento ulterior à pronúncia de ato decisório liminar, prosseguindo-se regularmente no procedimento instaurado” (TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 194).

3.8 Da problemática envolvendo o conceito de interceptação telefônica e suas modalidades

O conceito de interceptação telefônica já foi demonstrado, mas ao recapitularmos, trata-se de um ato praticado por terceiro, estranho à relação comunicativa que interfere e conhece o conteúdo da mensagem.

Entretanto, quando a captação do som for realizada por um dos participantes da relação comunicativa, não se tratará mais de interceptação telefônica, tendo em vista a exclusão da presença de terceira pessoa, mas, de uma gravação que poderá ser clandestina ou ambiental, seja ele por meio de telefone ou gravador, respectivamente.

Logo, a gravação da conversa telefônica efetuada por um dos interlocutores foge ao alcance da previsibilidade contida na Lei 9.296/96, pois esta lei trata apenas da interceptação telefônica. Essa espécie de gravação telefônica denomina-se gravação clandestina.

Ada Pellegrini Grinover mais uma vez disserta acerca da gravação clandestina como³⁸:

A gravação em si, quando realizada por um dos interlocutores, que queira documentar a conversa tida com terceiro, não configura nenhum ilícito, ainda que o interlocutor não tenha convencimento de sua ocorrência.

Mas não é só esta hipótese que está fora do alcance da Lei 9.296/96. Se a interceptação for realizada em conversação telefônica e, um dos interlocutores tiver conhecimento, caracteriza-se escuta telefônica.

Neste sentido, quanto à interceptação telefônica e à escuta telefônica, ambas têm em comum a presença de um terceiro e a utilização do meio telefônico, tendo como ponto dissidente, a ciência ou não das partes quanto à relação comunicativa.

Existem ainda as modalidades de gravação da conversação realizadas ao ambiente, ou seja, as operações efetuadas no local onde a relação comunicativa ocorre por meio de gravador.

A interceptação ambiental é realizada por um terceiro que, por sua vez, utiliza um aparelho gravador não havendo conhecimento da operação por nenhum dos interlocutores, sendo realizada no local de captação de sons.

³⁸ Grinover, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 1992, p. 148.

A escuta ambiental é realizada por um terceiro através de um aparelho gravador, havendo conhecimento da operação por um dos interlocutores sendo realizada no local da captação de sons.

Essa diferenciação é extremamente importante pois o que a Constituição e a Lei Ordinária punem é a interceptação telefônica, não fazendo referência à gravação clandestina e ambiental ou escuta telefônica, dentre outras modalidades.

A doutrina dominante adota a teoria de que a Lei 9.296/96 incide sobre a interceptação telefônica e a escuta telefônica.

Ademais, a jurisprudência caminha no entendimento de que a gravação feita por um dos interlocutores é considerada prova lícita, conforme se observa no acórdão abaixo:

Recurso de Habeas Corpus nº 7216-SP (REG 98/0004035-8)
 Relator: o Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal
 Recorrente: Arlindo Joaquim de Souza
 Advogado: Marco Antônio Volpon
 Recorrido: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
 Paciente: Arlindo Antônio de Souza
 Ementa
 PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA, PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS. RECURSO.
 A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.
 Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.
 Recurso não conhecido e não provido.³⁹

Os seguintes julgados adotam o mesmo entendimento⁴⁰:

Prova – Gravação de comunicação telefônica – deferimento – Interpretação do art. 5º, inciso XII da Constituição da República – Recurso provido neste sentido. É admissível aceitar como prova a gravação feita através de fita magnética da conversação mantida com terceiro, quando não haja interceptação, cumprindo ao juiz apreciar o valor do documento, se necessário através de perícia aferitória de sua autenticidade (AI nº 171.084-1 – TJ/SP – São José dos Campos – 1º Câmara Civil – Relator Euclides de Oliveira – DJU 24/03/92)

Prova – Escuta telefônica – Violação à garantia constitucional do sigilo – Inocorrência – Inteligência do art. 5º, XII da Constituição da República – A garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas diz respeito a interceptação, mas não a escuta, que com aquela não pode ser confundida,

³⁹ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000, p. 71/77.

⁴⁰ SILVA, César Dario Mariano da. *Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal*, 1ª ed., São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1999, p. 42.

podendo ser admitida como prova em processo judicial. (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RJTA Crim, Vol. 22, abril/junho/94, p. 178, Relator José Santana)

3.9 As hipóteses de não admissibilidade da interceptação telefônica prevista s no artigo 2º da Lei 9.296/96.

Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- III- o fato investigado constituir infração penal punida no máximo, com pena de detenção.

Como se pode observar, o artigo 2º da Lei 9296/96 foi redigido de forma negativa, levando-se em consideração que a regra é a não interceptação e a exceção seria a interceptação, condicionando a mesma aos requisitos então mencionados.

Ao invés do legislador dizer em que situações caberia a interceptação, optou por elencar um rol de casos onde ela não é possível, atrapalhando o intérprete. Tudo isso, talvez, por falta de técnica por parte do legislador ordinário, pois um rol taxativo geraria menos dúvidas.

O inciso I dispõe que não caberá a interceptação telefônica no momento em que não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal – no caso, participação e atuação em organização criminosa - é, de certa forma, demonstrada a natureza jurídica cautelar (já apresentada neste trabalho), necessitando expressamente de motivos justificadores da interceptação, pois, caso contrário, não poderia ser autorizada pelo juiz.

De acordo com o raciocínio desenvolvido, esta medida somente será admitida se os indícios razoáveis de autoria ou participação em organização criminosa forem constituidores de *fumus boni iuris* ou *periculum in mora*.

O inciso II do artigo supracitado diz que a interceptação telefônica somente poderá ser utilizada caso a prova não possa ser produzida com outros meios disponíveis. Haja vista que algumas organizações criminosas são extremamente articuladas e raramente deixam rastros, a interceptação telefônica se torna uma poderosa ferramenta de investigação.

Porém, isso poderá trazer alguma dificuldade, não na interpretação, mas na prática. Por exemplo, como a autoridade policial e o magistrado poderão saber com

a devida certeza, se há outros meios de se descobrir o alegado, tornando-se desnecessária a contundência da interceptação telefônica.

Na verdade, nunca se sabe ao certo o que uma testemunha falará em seu depoimento, ou, qual será o resultado de uma perícia. Diante disto a autoridade policial ou o magistrado correriam o risco de responder a processo criminal diante do disposto no artigo 10 da Lei 9.296/96:

Art.10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredos da justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Trata-se de um paradoxo. O juiz que instado a cumprir as leis e a Constituição responderá a um processo criminal, tendo conseqüências, inclusive administrativas, e, o verdadeiro agente de organização criminosa, ou pelo menos suposto membro, livre e isento de qualquer ação estatal.

Ada Pellegrini Grinover assevera⁴¹:

Evidente que o dispositivo também colhe os servidores e agentes públicos, inclusive o juiz que acaso autorize a interceptação para fins diversos da investigação criminal ou da instrução processual penal. A redação do dispositivo deixa dúvidas quanto à caracterização do ilícito em casos que não se ligam propriamente aos “ objetivos autorizados em lei ” , como seria o do juiz que determinasse a interceptação para investigação de processo atinente a crime punido com pena de detenção.

De acordo com o inciso III, a infração penal a ser investigada por interceptação telefônica deve ser punida com pena de reclusão. O Legislador incluiu neste inciso os crimes de reclusão por serem os de “maior gravidade”.

Entretanto, o pedido de autorização judicial feito no início da instrução, muitas vezes, é insuficiente para determinar o tipo exato do crime, e, conseqüentemente, o correspondente da pena, se detenção ou reclusão.

Entende-se que o texto do inciso III é desproporcional e insensato pois existem condutas que apesar de não serem punidas com pena de reclusão, reclamam idêntica proteção estatal, como os crimes contra a honra (calúnia, difamação, injúria, ameaça) e a contravenção do jogo do bicho, todos esses delitos punidos com pena de detenção.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas, *Revista Forense*, vol. 338, p.13.

Ademais, nem todo crime punido com prisão é tão grave a ponto de possibilitar a intromissão na intimidade de um indivíduo. O furto, por exemplo, é punido com pena de prisão e nunca poderia ensejar essa medida extrema.

No STF, o entendimento é da possibilidade da interceptação telefônica nos crimes punidos com pena de prisão em havendo conexão com crimes de prisão, consoante o HC 83515/RS, relator Min. Nelson Jobim, publicado no DJ de 04/03/2005:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO.

1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96.

2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia.

Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados.

3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96).

4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia.

O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas.

5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de prisão, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação.

Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com prisão quando forem estes conexos com crimes punidos com prisão.

Habeas corpus indeferido.

A posição dominante da doutrina entende que o legislador se equivocou ao englobar todas as hipóteses que constituem crimes punidos com pena de prisão.

Neste sentido Ada Pellegrini Grinover afirma⁴²:

É evidente que o excesso do legislador brasileiro, que não se deu conta da excepcionalidade da interceptação telefônica como meio ilícito de quebrar o sigilo das comunicações, estendendo a sua permissão a crimes que podem não ser de grande potencial ofensivo e, em contrapartida, excluindo-a de infrações penais de menor relevância social, mas que por sua índole, só poderiam ser devidamente apurada por intermédio da referida interceptação.

Da mesma forma, Scarance Fernandes citado por Luiz Francisco Torquato Avólio esclarece⁴³:

Se por um lado é exagerada a regra ao admitir a medida em qualquer delito punido com reclusão, por outro restringe casos em que poderia ser necessária, como na contravenção do jogo do bicho, ou em crimes de ameaça e injúria praticados por telefone.

3.10 A prorrogação da interceptação telefônica

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Mais uma vez, verifica-se outra falha do artigo 5º da Lei 9.296/96 que trata da prorrogação da interceptação telefônica ao suspeito de participação de organização criminosa, pelo igual prazo de 15 dias.

A primeira vista, parece que o prazo de quinze dias só poderia ser renovado por uma vez, porém, a ausência de virgulação da frase deixa dúvidas quanto ao sentido que teria a expressão “uma vez”.

Como o dispositivo deixa dúvidas a respeito de quantas renovações de interceptação telefônica podem ocorrer, subentende-se que tal medida pode ser deferida continuamente, renovando-se ilimitadamente quando comprovada sua indispensabilidade. Nota-se que trinta dias é um lapso de tempo muito breve para a obtenção de prova em determinados crimes.

Vicente Greco Filho defende a ilimitação das prorrogações⁴⁴: “...devendo entender-se então que serão tantas quantas necessárias a uma investigação, mesmo porque trinta dias pode ser um prazo muito exíguo...”

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas, *Revista Forense*, vol. 338, p.07.

⁴³ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: RT, 1995, p. 194-195.

Soma-se a isto o fato de que as organizações criminosas muitas vezes praticam diversos tipos de crimes, fazendo com que a coleta de todas as informações e provas possam levar meses, ou até anos.

Todavia, existe uma corrente minoritária a qual assevera que um excessivo poder seria atribuído ao magistrado quando este autoriza ilimitadamente os pedidos de renovações da interceptação telefônica na investigação de uma organização criminosa. Esta corrente sustenta que a interceptação deve cessar quando em trinta dias nenhuma prova tenha sido colhida por meio desta, porque muitas informações íntimas já foram reveladas em nome da prova almejada.

Diante da natureza jurídica cautelar da interceptação telefônica composta dos requisitos de *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, parece não haver outra solução se não aquela que permita a renovação quantas vezes seja necessária a medida.

Ada Pellegrini Grinover aduz⁴⁵:

A lei não esclarece se, após a primeira prorrogação, outra será possível. O Projeto Miro Teixeira era expresso, prevendo tantas prorrogações quanto necessárias, desde que continuassem presentes os pressupostos de admissibilidade da ordem de interceptação. O bom senso do juiz deverá conduzi-lo neste sentido.

Segundo este raciocínio, Luis Francisco Torquato Avólio assevera⁴⁶:

Não é o prazo que importa, mas a correta delimitação da finalidade da interceptação. Imagine-se um crime de lavagem de dinheiro, com remessa ilegal de capitais para o exterior, que pode ser praticado ao longo de meses, ou o próprio tráfico de drogas, que envolve operações sucessivas, até fechar o cartel.

Luis Flávio Gomes traça uma síntese do posicionamento de diversos doutrinadores⁴⁷:

Quantas vezes pode ser renovada a autorização judicial? Paulo Napoleão Quezado e Clarisier Cavalcante, assim como Altamiro Lima Filho, entendem que a renovação só pode ocorrer uma vez. Em nenhuma hipótese seria possível a interceptação por mais de trinta dias. Damásio E. de Jesus, Vicente Greco Filho e Antônio Scarance Fernandes adotam o posicionamento diferente e afirmam que não há limite: quantas vezes forem necessárias. A razão está, no nosso modo de ver, com os últimos

⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. 1ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1996. p.31.

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas, *Revista Forense*, vol. 338, p.101.

⁴⁶ AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: RT, 1995, p. 206

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio e Cervini, Raúl. *Interceptação Telefônica: Lei 9296/96 de 24/7/96*. São Paulo: RT, 1997, p. 219.

doutrinadores. A interceptação telefônica é medida excepcional e tem por fundamento a sua necessidade para a obtenção de uma prova. O fundamental, assim, não é tanto a duração da medida, senão a demonstração inequívoca da sua indispensabilidade. Enquanto indispensável, enquanto necessária, pode ser autorizada. A lei não limitou o número de vezes, apenas exige a evidenciação da indispensabilidade. É o prudente arbítrio do Juiz que está em jogo. Mais tecnicamente falando: é a proporcionalidade. No instante em que se perceber que a interceptação já não tem sentido, desaparece a proporcionalidade. Logo, já não pode ser renovada. E se o for, é nula.¹⁶

Constatadas as reiteradas e injustificadas prorrogações, o colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento em 09.09.08, do HC n. 76.686 – PR, da relatoria do Min. Nilson Naves, anulou quase dois anos de interceptações telefônicas no curso de investigações, merecendo reproduzir o texto inserido no Portal do STJ, do dia 09.09.08:

Com prazo fixado em lei de 15 dias, as escutas do caso em discussão foram prorrogadas sem justificativa razoável por mais de dois anos, sendo, portanto, ilegais. A decisão foi unânime. A Turma acompanhou o entendimento do relator, ministro Nilson Naves.

A decisão determina ainda o retorno do processo à primeira instância da Justiça Federal para que sejam excluídas da denúncia do Ministério Público quaisquer referências a provas resultantes das escutas consideradas ilegais. O processo já tem sentença condenatória, que deve ser reavaliada pelo juízo de primeiro grau de acordo com as provas que restarem após a revisão da denúncia.

Para o relator, se há normas de opostas inspirações ideológicas, tal qual a Constituição e a lei que autoriza a escuta telefônica, a solução deve ser a favor da liberdade. "Inviolável é o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada."

Os ministros entenderam que estender indefinidamente as prorrogações, quanto mais sem fundamentação, não é razoável, já que a Lei n. 9.296 /1996 autoriza apenas uma renovação do prazo de 15 dias por igual período, sendo de 30 dias o prazo máximo para escuta (BRASIL. Portal do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, do dia 09.09.08)

3.11 A constitucionalidade do parágrafo único, do artigo 1º da Lei 9.296/96

A Lei 9.296/96, em seu artigo 1º, parágrafo único, permitiu a interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática. Primeiramente, o que seria informática e telemática?

Informática é área que trata de informação através do uso de equipamentos e procedimentos na área de processamento de dados. Já a telemática trata da manipulação e utilização da informação através do uso combinado de computador e dos meios de telecomunicação, de modo que aqui se tem uma comunicação de dados via telefone. Como exemplo de telemática, temos a internet e o fax, pois

ambos permitem a transmissão e a recepção de informações de um computador para o outro por meio de linha telefônica.

O legislador, com esse dispositivo, pretendeu combater os crimes da era moderna, onde o computador é um grande aliado das complexas organizações criminosas. Hoje, em tempo real, milhões de dólares são transferidos de um lugar para o outro, sem que haja a necessidade de se sair de casa. A lavagem de dinheiro é um dos negócios mais rentáveis para os criminosos do “colarinho branco”, que conseguem legalizar grandes quantias de dinheiro provenientes de negócios dos mais escusos. É fato notório que o Brasil é um dos países utilizados pelo narcotráfico para a lavagem de dinheiro.

No entanto, se verificarmos o texto do inciso XII, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, poderemos ficar em dúvida quanto a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96.

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (grifado)

Será que o legislador constituinte estaria se referindo ao sistema de informática e telemática quando usou as expressões “comunicações telefônicas” e “último caso”?

Este trabalho entende que não, pois se a intenção do constituinte fosse a de permitir a interceptação do sistema de informática e telemática, teria redigido o artigo de outra forma.

Ada Pellegrini Grinover salienta⁴⁸:

Basta observar que a reiteração da palavra “comunicações”, antes de telefônicas, indica exatamente que a exceção constitucional só a este se refere. É essa a única explicação para a repetição (e por isso a Comissão da Redação a introduziu), pois se a ressalva se referisse a todo o segundo grupo, teria sido suficiente dizer “comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

A garantia do sigilo é a regra, a interceptação a sua exceção. Portanto, a interpretação deve ser restrita. A interpretação das normas de exceção às garantias individuais devem ser interpretadas conforme a sua própria natureza, a de modo restritivo.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*: as interceptações telefônicas. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982, p. 154.

Logo, ampliar o entendimento da letra constitucional disposto no inciso XII, artigo 5º da C.F de 1988, a fim de conferir legalidade a uma lei ordinária não me parece o caminho mais adequado. Ada Pellegrini Grinover segue o mesmo entendimento⁴⁹:

A informática tem por objeto o tratamento da informação através do uso de equipamentos e procedimentos na área de processamento de dados. Nesse sentido técnico, o dispositivo vulnera a constituição, que não permite a quebra do sigilo dos bancos de dados. Já a telemática versa sobre a manipulação e utilização da informação através do uso combinado do computador e meios de telecomunicação, de modo que aqui se tem uma comunicação de dados via telefone. Cabe, então, verificar se a expressão constitucional 'comunicações telefônicas' seria, ou não, abrangente das comunicações 'via telefone'. Mesmo assim, a resposta seria negativa, dado que as regras limitadoras de direitos, sobretudo quando excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente. Desse modo, a 'comunicação telefônica' parece adstrita à transmissão de voz.

Vicente Greco Filho é um dos doutrinadores que ratifica esta posição⁵⁰:

[...]se a constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas e quisesse que a interceptação fosse, possível nas comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, estaria redigida não como "último caso", mas como "segundo caso".

Todavia, existem alguns doutrinadores que defendem a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9296/96. Diante da complexidade atuação das organizações criminosas, Lenio Streck defende a ampliação do conceito de comunicações telefônicas⁵¹:

O parágrafo único ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, apenas especificou que a lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilize a modalidade "comunicações telefônicas".

Alexandre de Moraes é também um dos juristas que defende a constitucionalidade do artigo supracitado⁵²:

[...] a interpretação das normas constitucionais exige que a uma norma constitucional seja atribuído o sentido que lhe conceda (Canotilho), sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade (Jorge Miranda).

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Regime Brasileiro das interceptações telefônicas, *RBDCRIM*, p.115.

⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p.11.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.42

⁵² MORAIS, Alexandre de. A Constitucionalidade do Parágrafo Único do art. 1º da Lei 9296/96 – interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. *Boletim Informativo ao Centro de Estudos da Escola Paulista do Ministério Público de São Paulo* nº 02, p. 2-3.

Diante do exposto, e com base no entendimento de Vicente Greco Filho⁵³, o sigilo previsto no artigo 5º, inciso XII da CF/88 abrange quatro situações: a correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas. Portanto, a expressão “no último caso” refere-se apenas as comunicações telefônicas via transmissão de “voz”, tornando inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da Lei 9296/96.

Logo, o presente trabalho entende que o termo “comunicações telefônicas” não abrange o fluxo de comunicações em sistema de informática ou telemática.

3.12 Da indispensabilidade da autorização judicial e o princípio da proporcionalidade

Um dos requisitos indispensáveis à licitude da interceptação telefônica no combate ao crime organizado é a autorização judicial. Esse requisito está disposto tanto no campo constitucional (artigo 5º, inciso XII da CF/88) como infraconstitucional (artigo 1º da Lei 9.296/96).

Houve, por parte do legislador, a nítida intenção de proteger, ao máximo, o direito à intimidade do indiciado ou acusado, condicionando a eficácia e a admissibilidade da prova interceptada à autorização judicial. Ou seja, somente por meio da autorização judicial, o conteúdo fonético interceptado poderia ter plena validade e produzir os seus devidos e regulares efeitos.

Todavia, esse entendimento embora seja capitulado e defendido constitucionalmente e infraconstitucionalmente, não é absoluto, mais uma vez em função da proporcionalidade dos valores e interesses em conflito.

Degladiam-se a doutrina e a jurisprudência a respeito dos limites probatórios da interceptação telefônica não autorizada.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até a vigência da Lei nº 9296/96, vigorou o entendimento sobre a impossibilidade da permissibilidade de qualquer interceptação telefônica, independentemente das autorizações judiciais.

De acordo com a corrente tradicional, admitir tais provas sem autorização judicial e não desentranhá-las seria equivalente a atitude de espelhar a desordem e a violação da liberdade individual.

⁵³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.10.

Ada Pellegrini Grinover disserta sobre o assunto⁵⁴:

A regra de exclusão probatória e de ineficácia deflui da própria afirmação dos direitos fundamentais e de liberdade, prescindindo da existência de uma norma específica de caráter processual que fulmine de nulidade. Deriva daí que as interceptações telefônicas ilícitas não podem ser admitidas no juízo penal, porque constituem atividade em contraste com o princípio do sigilo das comunicações, cuja inviolabilidade não pode ser ignorada na esfera processual. Se indevidamente admitidas, serão ineficazes, e fulminada de nulidade ficará a sentença que nelas se basear.

Sobretudo, existe a corrente que defende a teoria da proporcionalidade também chamada de teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses em conflitos, desenvolvida na antiga Alemanha, que admite, em certos casos, a prova obtida por meio ilícito.

Bertham, citado por Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça assevera⁵⁵:

A importância da causa e a importância da prova para a decisão deviam ser um contrapeso para as limitações postas pela lei à investigação dos fatos, devendo-se escolher entre dois males, pois se trata de pesar e comparar o perigo que resulta à justiça em virtude da falta de provas, e o inconveniente que resulta aos indivíduos pelo incômodo a que estão sujeitos pela sua prática.

Em razão da relatividade do direito à intimidade, deve-se considerar a admissão e valoração da interceptação telefônica sem autorização judicial desde que haja motivação plenamente justificável para a não autorização ou a falta da mesma como, por exemplo, principalmente, quando se necessita da urgência da captação ou a impossibilidade temporal de se conseguir a autorização judicial ou, quando haja ausência de um juiz em finais de semana e feriados nas comarcas do interior.

Luis Francisco Grandinetti C. de Carvalho esclarece⁵⁶:

A prova ilícita só não deve ser admitida se violar norma constitucional ou princípio geral da Constituição. Dentro dessa corrente, surgiu uma variação que vai ganhar força cada vez mais, e que consiste em admitir a prova, mesmo ilícita, se for a única forma de proteger outro valor fundamental. Trata-se de sopesar os interesses protegidos constitucionalmente e admitir a prova ilícita se sua produção for indispensável para salvaguarda de outro interesse tutelado, e mais valioso. É o chamado critério da proporcionalidade (Alemanha/ ou da razoabilidade/ Estados Unidos).

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, s.d.

⁵⁵ ANDRADE, Rachel Pinheiro de. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2001, p. 142.

⁵⁶ CARVALHO, Luiz Francisco Grandinetti C. de. *O Processo Penal em face da Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 48-49.

Em nosso ordenamento jurídico conclui-se que devemos adotar o princípio da proporcionalidade como forma de atenuar a aplicação absoluta da inadmissibilidade das provas ilícitas, e, principalmente, no que se refere às interceptações telefônicas vinculadas à repressão ao crime organizado, narcotráfico e aos crimes hediondos, para que se diminuam as injustiças realizadas no caso concreto, diante da aplicação cega e literal da lei.

4 OUTROS MEIOS EXTRAORDINÁRIOS DE INVESTIGAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO

4.1 A ação controlada e a infiltração

Os meios extraordinários de investigação criminal como infiltrações policiais e entregas vigiadas surgiram para suprimir os meios tradicionais, insuficientes para conter a delinquência organizada. A ação controlada e a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência estão previstas no art. 2º, II e V da Lei 9.034, de 03/05/1995 (Lei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas)⁵⁷.

Constituem medidas de investigação excepcionais, concebidas em face das peculiaridades próprias das ações realizadas mediante organizações criminosas, autênticas *societas sceleris*, compostas de departamentos (divisões), organicamente estruturadas, com o fim de praticar ilícitos penais, retirando o máximo proveito da atividade.

A ação controlada consiste em retardar (adiar) a ação policial voltada a estancar determinado comportamento ilícito, com o fim de obter um maior número de provas e informações mais completas que permitam identificar a organização criminosa responsável pelo(s) crime(s)⁵⁸.

Supõe rígido acompanhamento (observação) da atividade ilícita pela autoridade policial, a qual poderá intervir a qualquer momento. Sua utilização tem se revelado útil, especialmente nas hipóteses de tráfico internacional de entorpecentes, permitindo a captura dos sujeitos envolvidos na prática do ilícito penal em todas as fases do processo (produção, transporte, negociação, recepção e comercialização da droga).

A infiltração por agentes de polícia ou de inteligência em organizações criminosas depende sempre de autorização judicial e deve ser adotada com extrema cautela. É que não raro o policial infiltrado na organização criminosa terá que praticar ou contribuir na prática de ilícitos penais. Daí a necessidade de autorização judicial prévia, a qual deverá ponderar a necessidade da medida diante da

⁵⁷ AMORIM, Carlos. *A irmandade do crime*. 8ª ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2007.

⁵⁸ LAVORENTI, Wilson; GERALDO DA SILVA, José. *Crime organizado na atualidade*. Campinas: Bookseller, 2000.

investigação em curso. Caberá ao Juiz, outrossim, estabelecer os limites da autorização, valendo-se do princípio da proporcionalidade. A utilização deste último recurso de investigação policial não tem sido freqüente, precisamente em face dos riscos que encerra.

Em termos de produção e aplicação legislativa, existem consequências devido à dificuldade de se definir o crime organizado. As dificuldades encontradas para a definição sobre o que seja crime organizado afetam tanto a atividade legislativa (elaboração da legislação de regência), quanto a atividade jurisdicional (aplicação das normas)⁵⁹.

O legislador optou por não definir o que seja organização criminosa, decorrendo daí a indefinição sobre o conceito de crime organizado. A doutrina, contudo, tem empreendido esforços para estabelecer os limites desta específica *societas sceleris*. A falta de definição legal, por um lado, evita o engessamento da legislação, circunstância que pode torná-la antiquada, por outro, gera incertezas na aplicação da lei penal, máxime no que diz respeito ao seu (maior ou menor) alcance.

Em possuindo a norma penal a função de limitar o exercício do poder punitivo do Estado, evitando a reação violenta e desproporcional diante do ilícito, convém seja vazada em termos certos, sem ambigüidade e/ou lacunas que permitam sua aplicação desmedida. Nesse sentido, convém que o legislador chegue a um meio termo, descrevendo as características gerais do que considera organização criminosa.

O ordenamento jurídico brasileiro repele o flagrante preparado. No caso da infiltração por agentes de polícia ou de inteligência (Lei 9.034/1995 art. 2º, V), em razão da precedente autorização judicial, não há que se falar em flagrante preparado, acaso tenha se verificado sua participação comissiva ou omissiva em ilícitos penais⁶⁰.

Tampouco há que se falar em cometimento de crime por parte do agente de polícia infiltrado, por isso que expressamente autorizado por lei a assim proceder. Convém observar que o art. 2º da lei de regência dos crimes cometidos mediante organização criminosa exige autorização judicial circunstanciada. Num tal quadro, o

⁵⁹ FILHO, ÉLIO Vanderley de Siqueira. *Repressão ao crime organizado*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

⁶⁰ LAVORENTI, Wilson; GERALDO DA SILVA, José. *Crime organizado na atualidade*. Campinas: Bookseller, 2000.

agente policial somente responderá penalmente por eventual excesso verificado em sua atuação.

Tanto não equivale à afirmação de que o agente de polícia ou de inteligência possa *provocar* o cometimento de um crime. Não é função do agente infiltrado provocar e/ou instigar o cometimento de ilícitos penais por parte da organização criminosa. Cabe-lhe, ao invés, integrar-se à organização, de forma tal que passe a desfrutar da confiança de seus integrantes, se possível sem incorrer no cometimento de delitos penais. Só assim poderá obter as informações desejadas pelo investigador.

O agente de polícia ou de inteligência infiltrado não deve, pelas razões precedentemente expostas, provocar o cometimento de um crime. Na hipótese em que participou da prática de ilícito penal, por isso que integrado a uma organização criminosa, as informações, documentos e quaisquer outras provas que acaso venha a obter têm valor jurídico⁶¹.

4.2 O poder judiciário no combate ao crime organizado

Em 2004, as Varas Federais especializadas no combate ao crime organizado e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro ainda eram novidade no âmbito da Justiça Federal.

Ora, a lavagem de dinheiro é o braço de toda a organização criminosa. O dinheiro volta a circular com aparência de lícito para realimentar o crime. Assim, é imprescindível conseguir descapitalizar a organização criminosa para desorganizá-la, quebrá-la, enfim.

De tal forma, que o processo de criação das varas especializadas no combate aos crimes contra o sistema financeiro iniciou quando o Conselho da Justiça Federal fez, em 2000, com os juízes federais, o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, uma pesquisa para saber por que os crimes de lavagem de dinheiro tinham tão pouca resposta em nível de inquérito, de ação penal e também de decisões judiciais.

Assim, foi feita uma série de questões que foram respondidas e, a partir daí, o Conselho resolveu criar uma comissão, através do Centro de Estudos do Conselho,

⁶¹ FILHO, ÉLIO Vanderley de Siqueira. *Repressão ao crime organizado*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

que reunisse juízes federais, o Ministério Público Federal, a Polícia Federal, o Banco Central, a Receita Federal, o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, que é um órgão de inteligência criado pela Lei de Lavagem de Dinheiro – e, representando as entidades privadas, principalmente os bancos, que são aqueles que têm o dever de comunicar, por força de lei, operações financeiras suspeitas, grupo ligado à FEBRABAN – Federação Brasileira de Associações de Bancos.

Formulou-se ali uma série de conclusões e de sugestões, que foi o mais amplo estudo sobre lavagem de dinheiro efetivado no Brasil, sem a menor dúvida. Tanto que essa comissão deu margem à criação, pelo Ministério da Justiça, recentemente, da chamada “ENCLA 2004” – Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro para o ano de 2004 – na qual o Conselho da Justiça Federal está integrado e foi convidado a participar.

Uma das sugestões da comissão, que foi rapidamente implementada pela Justiça Federal, foi a criação das varas especializadas para o processamento e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro. Por que contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro? Porque, via de regra, a lavagem de dinheiro se dá por intermédio do Sistema Financeiro Nacional. E como é um crime sofisticado, praticado com tecnologia avançada, muitas vezes é um crime transnacional, ou seja, transcende os limites das fronteiras de um país, não é facilmente detectado.

Muitas vezes, no inquérito de apuração, de evasão de divisas, por exemplo, ou de qualquer outro crime contra o sistema financeiro, que é de competência da Justiça Federal, lá no meio, no fim do inquérito ou já no decurso da ação penal é que é detectada a lavagem de dinheiro. Então, havia, para criar varas especializadas, poucos inquéritos e poucas ações especificamente sobre lavagem de dinheiro, mas já haviam alguns indícios de que esses inquéritos estariam aumentando, principalmente em função das contas CC-5, caso Banestado, inquérito que tramitava nas varas federais de Foz do Iguaçu, no Paraná.

A partir daí, verificou-se que seria uma necessidade da Justiça Federal adiantar-se a esse sistema, porque se sabia que essas ações, esses inquéritos, teriam um crescimento vertiginoso, como realmente viria a acontecer nos anos seguintes.

A criação das varas especializadas era uma necessidade, primeiro porque eram crimes sofisticados, praticados com alta tecnologia, crimes transnacionais, e que não se tinha, na cultura jurídica brasileira, na formação dos juízes, o preparo para lidar com crimes de alta tecnologia.

A formação jurídica era basicamente para tratar do crime comum, do crime individual, aquele crime que deixa vestígio, daquele que deixa corpo de delito. E para se proceder a um inquérito bem feito pela polícia, para que se possa proceder a uma ação penal, uma denúncia bem formulada pelo Ministério Público num processamento e julgamento pelo juiz, num julgamento célere, eficaz e justo, era preciso que houvesse essa especialização, porque atrairia para essas Varas Federais, como se está atraindo, a cooperação de órgãos especializados, como a polícia técnica da Polícia Federal para as perícias, que são necessárias; a Receita Federal através de seus técnicos especializados; o Banco Central, que tem um sistema de recebimento de informações muito eficaz por parte dos bancos; e também a participação do COAF, que é o corpo do órgão de inteligência financeira.

Essas varas, na verdade, passaram a ser, nas capitais, quase que um centro multistitucional de absorção de conhecimentos sobre esses crimes, ou seja, cada órgão possuía um conhecimento compartimentado, mas que não era devidamente transmitido ou retransmitido aos outros órgãos.

Essas varas federais foram criadas em maio de 2003, por resolução do Conselho da Justiça Federal. O Conselho é composto por cinco presidentes dos Tribunais Regionais e mais cinco ministros do STJ, entre os quais o presidente, o vice, o coordenador do Conselho da Justiça Federal e mais dois ministros.

Quanto aos recursos humanos e materiais necessários para a implantação, primeiramente se criaram varas que não tiveram nenhum acréscimo de despesas para a Justiça Federal. Foi aproveitada toda a estrutura das varas criminais já existentes nas capitais – com os juízes que já tinham experiência criminal e experiência material contra o sistema financeiro e alguns em lavagem de dinheiro.

Foram aproveitados os funcionários já existentes – apenas fazendo com que essas varas sediadas nas capitais tivessem competência sobre todas as seções judiciárias, ou seja, sobre todo o Estado, para que esses inquéritos que tramitassem nas varas interioranas ou nas outras varas das capitais ficassem centralizados em uma só. A especialização é uma experiência não só da Justiça Federal como da

Estadual. Há vara de execuções penais, vara de execuções fiscais, varas previdenciárias; na Justiça Estadual, varas ambientais, etc.

E está provado que a especialização dá qualidade e celeridade às decisões. Então, não houve qualquer dispêndio orçamentário para nenhum Tribunal, o que é uma grande vantagem.

E, segundo, não houve necessidade de se passar pelo lento e desgastante processo legislativo, ou seja, não foi preciso essas varas serem criadas por lei. As leis que já existiam, reclames dos Tribunais e da Justiça Federal já eram suficientes.

Ainda sim, o mesmo juiz que trata da matéria penal em geral vai tratar, na mesma vara, da matéria especializada. Mas em alguns casos, a competência fica mais restrita. Onde há muitos processos, como é o caso de Curitiba e Porto Alegre, a competência ficou quase exclusiva. Em Porto Alegre, existe a Vara de Execução Fiscal e Criminal, que tem poucos processos sobre esta matéria de execução fiscal. Em Curitiba, juntamente com a Vara de Lavagem, ficou a Vara do Tribunal do Júri, e praticamente não há júri em matéria federal. Então, a grande maioria das varas tem competência criminal concorrente com outras matérias, mas todos os processos de lavagem de dinheiro estão ali concentrados.

É a primeira experiência no mundo neste sentido, e isto está atraindo as atenções de todo mundo. Esteve em Brasília, no final do ano de 2003, uma comissão do chamado GAVI– Grupo Internacional de Verificação sobre Lavagem de Dinheiro, que foi inicialmente criado pelo Grupo G-7, dos países mais ricos do mundo, e que hoje tem cerca de quarenta países, dos quais o Brasil faz parte.

Este grupo faz uma análise periódica de cada país quanto aos avanços dos recursos em relação aos crimes de lavagem de dinheiro. O principal aspecto que o Brasil tinha a apresentar em relação a isso, pelo Ministério da Justiça e pelo COAF, que é o órgão nacional de inteligência, eram as varas especializadas, ou seja, a Justiça Federal “pulou” na frente dos demais órgãos, concretizando uma experiência pioneira no mundo.

Essas varas já estão instaladas e em funcionamento em Porto Alegre, Florianópolis e Curitiba, no Tribunal da 4ª Região. Em menos de um mês após a resolução, já instalaram as três varas. A 4ª Região é o exemplo geral. Está instalada no Rio, Vitória, Recife, Fortaleza e na 1ª Região. Ou seja, praticamente, fechou-se o cerco. Enfim, o Brasil inteiro já está unido em relação a isso.

Desde setembro de 2003, só nas varas existentes, que eram as três do Sul, Fortaleza, Recife, Rio e Vitória, os inquéritos policiais, que eram em torno de 260 em 2001, em meados do segundo semestre de 2003 já eram 1.100. Havia 132 ações penais em andamento. Evidentemente, a Vara Federal de Curitiba é a recordista, porque encampou todos os processos de Foz de Iguaçu.

Ao longo desses anos houve um movimento crescente de inquéritos e processos; eles estão tramitando muito mais rapidamente; o entrosamento de juízes, Ministério Público e polícia nas varas especializadas é muito bom; os próprios advogados, ou seja, a própria defesa dos réus se sente mais segura porquanto sabem que o juiz é especializado, o Ministério Público é especializado, ou seja, não é uma vara simplesmente para apresentar resultados de condenação, mas de um processo eficaz, justo e sério.

Há legislação, evidentemente, que preconiza uma série de medidas de cooperação interna, muitas delas já implementadas. A mudança da legislação se faz necessária, talvez, para atender a uma tendência mundial, que é a ampliação dos chamados crimes antecedentes aos crimes de lavagem de dinheiro, além de tipificar o crime de lavagem de dinheiro, que antes não existia.

Existem os chamados crimes antecedentes, ou seja, ilícitos que podem gerar a configuração de lavagem de dinheiro apenas aqueles elencados na lei. São os crimes contra o sistema financeiro, contrabando de armas e munições, tráfico internacional de entorpecentes, terrorismo e segurança, crimes praticados por organizações criminosas, extorsão mediante seqüestro, crimes praticados por funcionários públicos, por particulares contra funcionários públicos estrangeiros, de corrupção, e crimes contra a Administração Pública, ou seja, crimes de corrupção.

Esses são os maiores alimentadores da lavagem de dinheiro pelos dados que se tem em relação aos processos que estão em andamento. É necessário que, entre os crimes antecedentes, se colocassem também os crimes contra a ordem tributária, ou seja, a sonegação fiscal e os crimes praticados contra o mercado financeiro.

Evidentemente que entre os crimes antecedentes é necessário tipificar o que é o terrorismo e o que é crime praticado por organização criminosa.

A cooperação internacional é fundamental na elucidação desses crimes. Não se pode mais ficar dependendo de expedição de cartas rogatórias, que, no âmbito do Mercosul, onde deveria haver uma integração comercial, social, perfeita entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, são respondidas em uns 30% dos casos, num

prazo não inferior a dois anos, e 70% sequer são respondidas. Nos demais países, muito pior ainda, porque existe um trâmite burocrático muito longo: passa pelo Ministério das Relações Exteriores etc. E elas também não se mostram eficazes para apreensão de bens, quebra de sigilo, repatriamento de bens, enfim. Então, é necessário fazer com que se tenham tratados internacionais, sejam eles multilaterais ou bilaterais, tratados de cooperação internacional para que um país tenha, digamos, reciprocidade em relação a outro para atendimento dessas diligências no exterior, tanto em relação ao réu quanto em relação aos bens, e que não dependa de passar por tantos trâmites burocráticos.

É um pedido de uma autoridade central de um país, para a de outro, diretamente, visando à celeridade e à eficácia. O Brasil já está fazendo esses tratados, e mais: o importante é que o Ministério da Justiça, que é a autoridade central para negociar esses acordos com a participação do Ministério das Relações Exteriores, já sentiu a necessidade de, na tratativa desses acordos, trazer para a negociação o Judiciário e o Ministério Público, que são esses que, aqui no caso, vão aplicar os tratados na nossa legislação interna.

A lei prevê que no processo criminal o juiz, a pedido do Ministério Público e da Polícia, possa bloquear bens, seqüestrar bens. O Ministério da Justiça criou um departamento de cooperação internacional e recuperação de ilícitos, mas também se está tentando viabilizar o chamado bloqueio administrativo de bens. Ou seja, a polícia, o Ministério Público e o Banco Central podem, numa operação tida como suspeita, bloquear administrativamente os bens por certo período, evidentemente depois de passar, mais tarde, pelo crivo da Justiça para evitar que esses bens se evadam. A lei já prevê vários recursos que devem ser aplicados na prática.

A lei diz que aos crimes de lavagem de dinheiro deve ser aplicada a prisão provisória sempre, e são crimes inafiançáveis. A jurisprudência tem entendido que a prisão preventiva nesses crimes se faz necessária tão-somente quando houver a necessidade da prisão preventiva normal, ou seja, para garantir instrução do processo, para garantir a ordem pública, para que não haja fuga para o exterior etc. Então, o juiz tem de examinar com muita cautela, de acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, se estão ali presentes os requisitos para prisão preventiva.

Em matéria de fiança, que a lei proíbe, a comissão chegou à conclusão de que não deveria ser proibida a fiança, e sim que fosse estipulada em um valor

vultoso. Isso fere o bolso do acusado, e essa fiança no valor alto deveria também estar condicionada à prova da licitude do dinheiro, ou seja, não poderia ser prestada com valores obtidos através de prática criminosa.

CONCLUSÃO

Diante de tais considerações, da doutrina e da jurisprudência, é possível sustentar que o crescimento desgovernado das organizações criminosas no Brasil fez com que o Poder Público avançasse nos estudos para alcançar os melhores meios de prevenção e repressão ao crime organizado.

Em face da estrutura complexa e estrategicamente articulada das organizações, há grandes dificuldades para esse combate.

A incorporação da Convenção de Palermo no ordenamento jurídico brasileiro foi de fundamental importância para o entendimento desses crimes cometidos por essas organizações ilícitas, vez que não existe uma tipificação legal.

Em consequência, houve a necessidade de ampliar o leque probatório para embasar as investigações desses criminosos quase intocáveis. Para isso, encontrou-se na interceptação telefônica uma maneira de direcionar o desfecho do procedimento investigatório.

No entanto, demonstra-se extremo cuidado ao utilizar esse meio probatório, por tratar de regra limitativa de direito, por atingir a liberdade humana e o direito à propriedade. Nota-se que é estreito o caminho que poderá torná-la uma prova ilícita, devendo ser desentranhada do processo. O que, no caso, não é o almejado.

Trata-se, em verdade, de mecanismo legal que evita a nefasta “devassa da intimidade alheia”. Mas necessário para tentar eliminar o mal que se espalha pelo país.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. *A irmandade do crime*. 8. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2007.

ANDRADE, Rachel Pinheiro de. *Provas Ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2001.

AVÓLIO, Luis Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. São Paulo: RT, 1995.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. vol. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Crime organizado e interceptação telefônica . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 187, 9 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4692>>.

BRASIL. Diário do Congresso Nacional – Seção 1, 19.09.89, p. 9652.

BRASIL. Instrução normativa nº 004/99-DG/DPF, de 24 de novembro de 1999. Boletim de Serviço nº224, de 25 de novembro de 1999. Brasília, 2004. Suplemento.

BRASIL. Portal do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, do dia 09.09.08.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 76.686 – PR, em 09.09.08, da relatoria do Min. Nilson Naves.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Pet 1253 PA, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 04.06.2001.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 76.203-0 SP, rel. Min. Nélson Jobim, DF 17.11.00.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 83.983-5 PR, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.03.08.

BRASIL. TRF 1ª R., Acrim 96.01.24990-7 DF, rel. Des. Federal Eustáqui Silveira, DJ 07.11.96).

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 223.

CARVALHO, Luiz Francisco Grandinetti C. de. *O Processo Penal em face da Constituição*: princípios constitucionais do processo penal. 2ª ed. , Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. *Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e princípio da legalidade estrita*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, v.6, n. 24 p. 99-124, out.-dez. 1998.

DANTAS, Josemar. Crime de lavagem de dinheiro. *Correio Brasiliense*. Brasília, 08 março 2010. Direito e Justiça, p.1.

FILHO, ÉLIO Vanderley de Siqueira. *Repressão ao crime organizado*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

FILHO, Vicente Greco. *Manual de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. , 1995.

GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raul. *Crime Organizado – Enfoques criminológico, jurídico e político-crimal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-crimal. *Revista dos Tribunais*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/10832/10397>> Acesso em: 15 out. 2010.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica: lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado. *Jornal Correio Braziliense – Direito e Justiça*, 19 nov. 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini . *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, s.d.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas. *Revista Forense*, vol. 338.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCrim, n. 17, jan./mar., p. 112 – 126, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 11.

LAVORENTI, Wilson; GERALDO DA SILVA, José. *Crime organizado na atualidade*. Campinas: Bookseller, 2000.

LESSA, Sebastião José. *Temas práticos de direito administrativo disciplinar*. Brasília Jurídica, 2005.

LUPO, Salvatore. *História da Máfia - das origens aos nossos dias*. São Paulo: Unesp, 2002.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Estado desorganizado contra o crime organizado*. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 1997, p. 10.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo, Atlas, 2003.

MORAIS, Alexandre de. A Constitucionalidade do Parágrafo Único do art. 1º da Lei 9296/96 – interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. *Boletim Informativo ao Centro de Estudos da Escola Paulista do Ministério Público de São Paulo* nº 02, p. 2-3.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as Provas Illicitamente Obtidas. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* (4), p. 112.

RANGEL, Paulo. Breves Considerações sobre a Lei nº 9296/96 – Interceptação Telefônica. *Revista Forense*, nº 344, p. 220.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 71/77.

SILVA, César Dario Mariano da. *Das Provas provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1999.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley. *Repressão ao crime organizado*. Curitiba: Juruá, 2ª ed. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.42.

STRECK, Lenio Luiz. *As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 21.

TOURINHO, José Lafaieti Barbosa. *Crime de quadrilha ou bando & associações criminosas*. Curitiba: Juruá, 2003.